

**Skrifter från
Juridiska Fakulteten
i Uppsala**

11

**Sakfrågor
och rättsfrågor**

Bengt Lindell

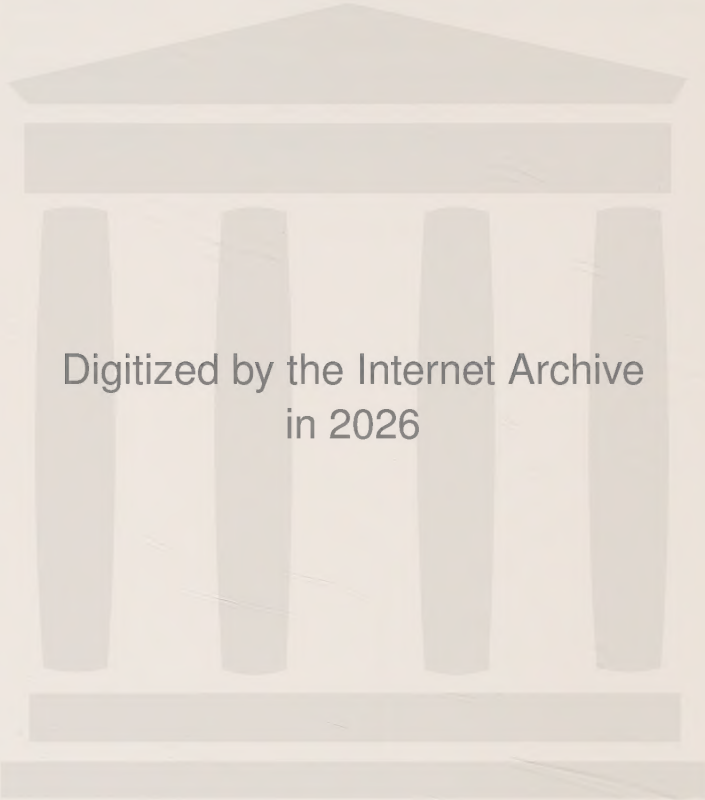
SKRIFTER FRÅN JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

- | | |
|---------------------------|--|
| 1. Ulf Göranson | Ogiltighet i sakrätten |
| 2. Skuld och ansvar | Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson |
| 3. Staffan Myrdal | Motköpsavtalet i öst-västhandeln |
| 4. Mats Gustafsson | Jordabalkens tillbehörsreglering |
| 5. Gabriel Michanek | Den svenska miljörättens uppbyggnad |
| 6. Ulf Göranson | Traditionsprincipen |
| 7. Gustav Svensson | Medbestämmande och politisk demokrati |
| 8. G. Bramstång
(red.) | Offentlighetsrättsliga perspektiv på organisationer-
nas verksamhet |
| 9. Sören Johansson | Rättegången i marknadsdomstolen |
| 10. Martin Wittrock | Föreskriftsmakten |
| 11. Bengt Lindell | Sakfrågor och rättsfrågor |

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

11

Redaktörer: Anders Agell, Robert Boman och Nils Jareborg

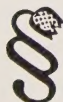


Digitized by the Internet Archive
in 2026

Bengt Lindell

Sakfrågor och rättsfrågor

En studie av gränser, skillnader och förhållanden
mellan faktum och rätt



IUSTUS FÖRLAG

Juridiska Föreningen i Uppsala

MATTERS OF FACT AND MATTERS OF LAW

A Study of Borderlines, Differences, and Relationships between Fact and Law.

Abstract

Lindell, B, Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Matters of Fact and Matters of Law. A Study of Borderlines, Differences and Relationships between Fact and Law. Iustus Förlag. 471 pp. Uppsala 1987. ISBN 91-7678-091-0 (inbunden). ISBN 91-7678-092-9 (häftad). ISSN 0282-2040.

This thesis examines borderlines and differences between matters of fact and matters of law. It begins by presenting certain essential concepts such as evidentiary fact, legal fact, and application of law, and also defines the concepts matter of fact and matter of law. In addition it describes the relationship between fact and law. Then follows an historical survey where *inter alia* the theory of legal proof is discussed. It is there maintained that the purpose behind the theory of legal proof, namely the furtherance of predictability and equality of treatment, was presumably counteracted by the division of the evidentiary theme into several different points, and the requirement of full proof of each point. It also asserted that in ancient laws no clear distinction was made between matters of fact and matters of law.

The thesis then deals with the rule concerning free examination of evidence, which is placed on a par with an ordinary, general material clause, since it allows for considerable discretion in the evaluation. At the same time mention is made of other similarities, but also differences, between evaluation of evidence and application of law. The extent of the free examination of evidence is also defined. Various probability concepts are then discussed, whereby it is emphasized that the probability concept for legal evaluation of evidence must be chosen with regard to the principles which govern the search for truth in litigation. The evidentiary theme is then considered from different viewpoints. It is thereby established that testimonies may stand in need of interpretation inasmuch as they are vague, and that even with regard to legal facts we may be obliged to make probability estimates since a legal rule may be specified against several cumulative facts. The thesis then proceeds to examine laws of general experience, their basis, structure and use. It is hereby stated that laws of general experience too may be in need of interpretation. For their formulation may be unclear and their force in general may not lend itself to exact fixation in that it is flexible. The thesis suggests that the same principles be used for interpretation of laws of general experience and testimonies as for the relevant material rule. The terms extensive and restrictive evaluation of evidence are hereby introduced.

After a survey of the concept of presumption that of legal truth is examined. It is thereby maintained that the court, faced with a defective investigation material, can reach a high degree of probability but that such a probability judgement is not certain. The attention is then turned to the actual differentiation between the establishment of facts and subsumptions. It is here recommended that the so-called logical cum conceptual criterion serve as guide. The final section of the thesis contains analyses of legal cases which prompt the conclusion that the Supreme Court should be allowed to base its decisions on so-called facts creative of law even if these have not been adduced. Finally consideration is given to claims for declaratory judgement, and special ballots.

Bengt Lindell, Juridicum, P O Box 512, S-751 20 Uppsala, Sweden.

© IUSTUS FÖRLAG, UPPSALA 1987

ISBN 91-7678-091-0 (inbunden)

ISBN 91-7678-092-9 (häftad)

ISSN 0282-2040

Ord & Form AB

Förord

Midnatt råder, tyst det är i huset... Jag sitter hemma i Peraddas, blickar ut genom fönstret, ser snöflingor som sakta faller ute i den stjärnkla natten, de få ljusen från grannarnas fönster och gatlyktan vid kurvan, som lyser ganska ensamt här i byn med endast 16 själar. Det känns skönt att vara i föräldrahemmet och alldeles särskilt tillfredsställande är det att så här strax före jul skriva förordet till denna avhandling.

Det sägs att det en gång för ganska länge sedan bodde en lapp här på backen där mina föräldrars hus nu står och att den lappen hette Per-Adda, därav namnet "Peraddas". Om Per Adda vet jag inte särskilt mycket, men en sak är jag ganska säker på: Han visste nog inte mycket om hur man drar gränsen mellan sak- och rättsfrågor.

Boken handlar alltså om sakfrågor och rättsfrågor; om gränser, skillnader, likheter m.m. Möjligtvis antydde jag nyss att ämnet är kuriöst, men det var i så fall inte avsiktligt. De flesta jurister vet ungefär vad det handlar om, även om en del tror – vilket fö styrkt mig i min uppfattning att boken fyller en funktion – att sakfrågan är identisk med "saken" eller att sakfrågan rör processförutsättningarna. Icke jurister vet däremot i allmänhet inte, enligt mina erfarenheter, vad som avses. När jag någon gång blivit tillfrågad om min forskningsinriktning och då berättat att jag undersöker bl a gränsen mellan sak- och rättsfråga har jag ibland mötts av en misstrogen min. Möjligtvis kan detta bero på att jag förväxlats med en politiker; våra politiker brukar ju ofta säga att man skall hålla sig till sakfrågorna och då kan det ju finnas skäl till att vara vaksam. Denna avhandling handlar emellertid inte alls om politik även om man anar frågor av denna karaktär brännande nära, särskilt vid en diskussion om bevisbördereglerens funktion.

Så till en annan Per, nämligen Per-Henrik Lindblom, som har varit min handledare. Han har gjort många värdefulla påpekanden och är fyndig, ambitiös och inspirerande, egenskaper som jag haft förmånen att kunna dra nytta av. Jag tackar honom för allt bistånd.

Om syfte och metod tänker jag inte säga så mycket och det beror inte på att jag tar lätt på sådana frågor utan helt enkelt på att jag inte

har så mycket att säga om detta. Metoden kan beskrivas som analytisk. Jag har botaniserat lite grand i rättsteori, sannolikhetssteori och semantik och där upphämtat vissa grundläggande idéer, vilka lagts till grund för de analyser som finns med. Rättsfall förekommer stundom, men de tjänar endast som illustration.

Slutligen vill jag rikta ett tack till kansliet på Juridicum i Uppsala som skrivit ut mitt manuskript. Vidare vill jag nämna att jag under doktorandtiden erhållit stipendium från Tore Alméns fond och fått bidrag till tryckningen från Emil Heines stiftelse. Översättningen till engelska har gjorts av auktoriserade översättaren Theodosia Gray.

Båtsjaur i december 1986

Innehållsförteckning

Förord 5

Innehållsförteckning 7

Förkortningar 13

1. Introduktion 15

1.1 Inledning 15

1.2 Sakfrågor och rättsfrågor 16

1.3 Några andra begreppsbestämningar 26

1.3.1 Rättsfaktum – rättstillämpning 26

1.3.2 Bevisfaktum och hjälpfaktum 31

1.4 Om förhållandet mellan bevisvärdering och rättstillämpning 35

1.5 Sakfrågor utanför bevisskyldigheten 41

1.5.1 Inledning 41

1.5.2 Lagstiftning – en bevisfråga? Bevisproblem kan undanröjas vid rättstillämpningen. Rättsföljdsfrågor 42

1.5.3 Lagtolkning 46

1.6 Om betydelsen av gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga 49

1.7 Rättsregler som rör bevisvärderingen 54

1.8 Utländsk rätt 56

1.8.1 England 56

1.8.2 Västtyskland 58

1.9 Sammanfattning och disposition för den fortsatta framställningen 59

2. Historisk översikt 62

2.1 Inledning 62

2.2 Bevisteorier – allmänt 63

2.3 Subjektiv rätt och formell bevisteori 66

2.4 Konkret rätt och legal bevisteori 72

2.5 Abstrakt rätt och materiell bevisteori 89

2.6 Sammanfattning 94

3. RB 35:1 96

3.1 Inledning 96

3.2 RB-35:1 – en generalklausul 96

3.3 Principerna för den fria bevisprövningen 102

3.4 Vilka skäl är relevanta vid juridisk bevisvärdering? 104

3.5 Motivens objektivitetsbegrepp 108

3.6 Den fria bevisprövningens räckvidd 116

3.6.1 Inledning 116

3.6.2 Regler som utesluter bevisvärdering 117

3.6.3 Bevisvärdering vid summarisk prövning – typbevis 117

3.6.4 Användningen av presumtioner hör till rättstillämpningen 120

3.6.5 HD ger prejudikat rörande bevisvärderingen 124

3.6.6 Bevisföring och bevisvärdering – gränsdragningar 125

3.7 Sammanfattning 131

4. Sannolikhetsbegreppet 134

4.1 Allmänt 134

4.2 Objektiv frekvenssannolikhet 137

4.3 Det logiska sannolikhetsbegreppet 141

4.4 Tema- och värdeметoden 144

4.5 Några kritiska synpunkter på värdeметoden 150

4.5.1 Inledning 150

4.5.2 Bör kausalitet vara ett kriterium på bevisvärde? 150

4.5.3 Kritik av värdeметодens sanningsbegrepp 156

4.5.4 Några andra konsekvenser av det värdeметодiska sannolikhetsbegreppet 163

4.5.4.1 Värdeметoden och beviskraven 163

4.5.4.2 Sannolikheten blir en formuleringsfråga 165

4.5.4.3 Värdeметoden tränger undan bevisbördereglerna 166

4.5.4.4 Värdeметoden står inte i överensstämmelse med förhandlingsprincipen 167

4.5.5 Något om ursprungssannolikheten 168

4.5.6 Sammanfattande synpunkter 169

5. Bevistemat	171
5.1 Inledning	171
5.2 Vad är ett faktum?	172
5.3 Verifikationsprincipen	174
5.3.1 Vaghet	176
5.3.2 Fakta och värderingar	177
5.3.3 Verifikationsprincipen i praktiken – det ideala bevis-	
mat	180
5.4 Om svårigheten att erhålla ett fixerat bevistema	182
5.4.1 Inledning	182
5.4.2 Tolkningsprocessen	183
5.4.3 Reduktionism och relativism	184
5.5 Vad händer om bevistemat inte kan fixeras?	190
5.5.1 Tolkning av bevisutsagor	191
5.5.2 Sak- och rättsfråga kan inte särskiljas	194
5.6 Om indelningen i deskriptiva och normativa rekvisit	197
5.6.1 Alla rekvisit är normativa	198
5.7 Bevis- och rättstillämpningsproblem vid två skilda typer av re-	
kvisit	199
5.8 Bevistema och sannolikhetsgrad	202
5.8.1 Inledning	202
5.8.2 Sannolikhetsberäkning vid ett rekvisit	203
5.8.3 Sannolikhetsberäkning vid flera rekvisit	206
5.8.4 Sannolikhetsberäkning vid användningen av flera rätts-	
regler	208
5.8.5 Kumulation och bevisbörderegler – avslutande reflektio-	
ner	209
5.9 Sammanfattning	211
6. Erfarenhetssatserna	214
6.1 Inledning	214
6.2 Erfarenhetssatsernas grund och deras förhållande till	
fakta	214
6.3 Erfarenhetssatserna och den subsumtiva förklarings-	
modellen	216
6.4 En erfarenhetssats kan vara svag eller stark och den kan tolkas	
statistiskt eller kausalt	219
6.4.1 Närmare om de vaga erfarenhetssatserna – gränsen mot	
fördomar	221
6.4.2 Ett par generaliseringar från praxis	224

6.5	Allmänna och särskilda erfarenhetssatser	226
6.6	Analog användning av erfarenhetssatser	227
6.7	Är domaren bunden av erfarenhetssatserna?	229
6.8	Handling och orsak	230
6.8.1	Om svårigheterna med den subsumtiva förklaringsmodellens applikation	233
6.8.2	Bedömning av uppsåt i lindriga brottmål – fyra särskilda svårigheter	234
6.9	Konstruktion av erfarenhetssatser	240
6.9.1	Inledning	240
6.9.2	Ett exempel	241
6.9.3	Om värdemetoden och dess syn på optimala erfarenhetssatser – kritik	246
6.9.4	Ett åskådningsexempel – teleologisk bevisvärdering	249
6.9.5	Den optimala erfarenhetssatsen och oberoende-kravet	256
6.10	Sammanfattning	259
7.	Erfarenhetssatser och rättssatser	261
7.1	Inledning	261
7.2	Erfarenhetssatserna och rättstillämpningen	261
7.3	Rättssatser kan orsaka erfarenhetssatser	264
7.4	Erfarenhetssatser och rättssatser – likheter i struktur och tillämpning	269
7.4.1	Inledning	269
7.4.2	Tolkning av erfarenhetssatser	270
7.4.3	Om förhållandet mellan tolkning av bevisutsagor och tolkning av erfarenhetssatser	274
7.4.4	Ytterligare om innebörden av restriktiv och extensiv bevisbedömning	281
7.5	Om sambandet mellan tolkning och beviskrav	284
7.6	Rättsnormerad bevisvärdering	291
7.7	Sammanfattande synpunkter på rättsnormerad bevisvärdering	296
8.	Presumtioner	301
8.1	Inledning	301
8.2	Presumtioner och erfarenhetssatser	302
8.3	Sak- och rättsfråga i presumtionen	308
8.4	Den legala presumtionens natur och verkan	311

8.4.1	Är den legala presumptionen en bevisvärde- eller en bevisbörderegel?	311
8.4.2	Rättspresumtioner och faktapresumtioner	313
8.5	Bevisfrågor rörande insolvens	317
8.5.1	Inledning	317
8.5.2	Welamsons uppfattning	318
8.5.3	Insolvensbedömningen bör betraktas som bevismässig och inte som av rättsfaktum-subsumtionskaraktär	320
8.5.4	Fördelar med att betrakta insolvensbedömningen som bevismässig	326
8.6	Något om beviskravet vid insolvens	329
8.7	Sammanfattning	331
9.	Det juridiska sanningsbegreppet	333
9.1	Inledning	333
9.2	Sannolikhetsskalan	334
9.3	Termerna "visat/styrkt"	335
9.4	Lådan	344
9.4.1	Utredningens omfattning varierar	344
9.4.2	Domaren försöker kika i "lådan"	345
9.4.3	Några motivuttalanden av intresse	348
9.4.4	Påverkas sannolikheten av utredningens omfattning?	350
9.4.5	Informationsproblemet	353
9.5	Det funktionella sanningsbegreppet	360
9.6	Sammanfattning	362
10.	Gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga	364
10.1	Inledning	364
10.2	Den praktiska slutledningen	364
10.3	Närmare om gränsdragningen	371
10.3.1	Nordisk doktrin	371
10.3.2	Det logiskt-begreppsliga gränsdragningskriteriet	371
10.3.3	Den teleologiska metoden och prestationsteorin	379
10.4	Sammanfattning och slutsatser	380
11.	Rättsfallsanalys	385
11.1	Inledning	385
11.2	Passivitet – sak- eller rättsfråga?	385
11.2.1	Bevisbördan – falsk eller äkta?	390
11.2.2	Bevismodell eller reduktionsmodell?	394

11.3	HD konstruerar en norm	399
11.3.1	Vilken karaktär har HD:s argument?	401
11.3.2	Subsumtionsfakta, tolkningsfakta och rättsskapande fakta	406
11.3.3	Komplikationer	410
11.3.4	Om rättsskapande fakta och åberopandet	414
11.4	Ännu ett exempel på HD:s rättsskapande	418
11.5	Sammanfattning	423
12.	Gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga i några olika fall	425
12.1	Inledning	425
12.2	Omröstning enligt RB 16:2 st 2 p 3	425
12.3	Fastställsetalan	432
12.4	Sak- och rättsfråga går ej att särskilja. Precisering	437
12.5	Sammanfattning	439
	Summary	441
	Litteraturförteckning	461
	Rättsfallsregister	471

Förkortningar

AvtL	Avtalslagen
BrB	Brottsbalken
DgL	Delgivningslagen
GB	Giftermålsbalken
HL	Handräckningslagen
JB	Jordabalken
JFT	Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland
KL	Konkurslagen
LU	Lagutskottets betänkande
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd 1
prop	Proposition
RB	Rättegångsbalken
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap
TSA	Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund
UB	Utsökningsbalken
ÄRB	Rättegångsbalken i 1734 års lag

1 Introduktion

1.1 Inledning

Det är vanligt att man i juridiska sammanhang talar om sakfrågan och rättsfrågan. Till sakfrågan hänförs då oftast *bevisfrågorna*,¹ varvid alla andra frågor blir att betrakta som rättsfrågor.

Tudelningen mellan sak- och rättsfråga torde för de flesta jurister verka naturlig och närmast självklar. Det hävdas också att man nog-samt bör skilja mellan dessa frågor.² Vid ett närmare studium av olika rättsregler och rättsprinciper framgår det att denna uppmaning är väl-motiverad. Gränsdragningen har nämligen, vilket senare kommer att framgå, stor betydelse bl a för den processuella systematiken, förfaran-det och kompetensfördelningen mellan rätten och parterna.

Det är emellertid inte bara själva gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga som aktualiserar beröringspunkter mellan faktum och rätt. Det finns även rättsregler och rättsprinciper som på olika sätt berör enbart bevisbedömningen, t ex kan ju rätten med stöd av en rättsregel förbjuda viss bevisföring. Att ett visst bevis inte får beaktas vid bevisvär-deringen påverkar alltså inte möjligheterna att dra en gräns mellan

¹ Se Ekelöf: Rättegång I s 25, Bolding: Skiljeförfarande s 156, Kallenberg: Rättsmedlen s 12 och Schlyter s 9. Till sakfrågan hänför den sistnämnde inte bara fastställandet av fakta utan även vittnens och sakkunnigas verksamhet i processen. Enligt Granfelt s 34 bör emellertid till sakfrågan endast hänföras fastställandet av "direkta bevisfakta" och inte sådana konklusioner som görs med användandet av erfarenhetssatser. Erfarenhetssat-ser används dock alltid vid fastställandet av fakta, varför denna bestämning är ohållbar, se härom avsnitt 6.2. Schjelderup s 37 anser att sakfrågan inte bara omfattar fastställan-det av fakta utan även bedömningen av deras rättsliga betydelse, se avsnitt 7.2 nedan. Det skall slutligen påpekas att termen "bevisfråga" här används på ett oprecist sätt, men vi skall sedan precisera begreppet ytterligare.

² Se t ex Ekelöf: En essay s 47, Bolding: Bevisbördan s 33 ff, Scheurle s 44 ff och Kuchin-ke s 58 ff. Skilj "saken" från "sakfrågan". Med "saken" avses frågan om ett käromål skall helt eller delvis bifallas eller om det i stället skall ogillas. I "saken" ingår således både sak- och rättfrågor, se Ekelöf: Rättegång I s 24. Angående gränsdragningens bety-delse, se avsnitt 1.6.

sak- och rättsfråga, utan reducerar endast det material som ingår i bevisbedömningen.

Efter denna korta öppning är det nödvändigt att hitta en mer konkret ingång till ämnet. Då sakfrågan och rättsfrågan har anknytning till både juridiska och filosofiska frågor, berör såväl enskilda regler som övergripande rättsprinciper och dessutom har många förgreningar in i rättssystemet, är det dock långt ifrån självklart från vilken ände och på vilket sätt ämnet bör angripas resp behandlas. Introduktionskapitlet är emellertid upplagt på följande sätt. Först diskuteras och ges en närmare bestämning av innebörden hos begreppen sak- resp rättsfråga. Sedan definieras och kommenteras vissa begrepp, vilka anknyter till tudelningen ifråga. Efter detta görs ett försök att lämna en helhetsbild, av vilken det framgår hur bevis- och rättstillämpningsfrågor (d v s sak- och rättsfrågor) förhåller sig till varandra. Vi går sedan vidare och vidgar perspektivet mot sådana sakfrågor på vilka bevisbörderegler inte skall användas. I det därefter följande avsnittet ges en uppräknig av olika regler enligt vilka gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga har betydelse. Sedan redogörs för en del olika regler, varav somliga utesluter bevisvärdering, medan andra påverkar omfattningen av det material som ingår i bevisbedömningen, och åter andra kvalitén på bevisbedömningen. Härafter tittar vi på gränsdragningen och dess betydelse i ett par främmande rättsordningar. Slutligen lämnas en sammanfattning och en disposition för den fortsatta framställningen.

1.2 Sakfrågor och rättsfrågor

Till sakfrågan hänförs, som framgått, ofta bevisfrågorna. Anledningen härtill är förmodligen att söka i, att vid fri bevisvärdering, rättsregler inte bestämmer vilket värde ett bevis skall ges eller vilka bevis som får beaktas.³ Bevisvärderingen kan därför — vid fri bevisvärdering — uppfattas som en renodlat *kunskapsteoretisk* verksamhet.⁴ Hur stark bevisning som erfordras är emellertid en *normativ fråga*.⁵ När domaren värderat den i målet införda bevisningen är han nämligen tvungen att ta ställning till om denna är tillräcklig, varvid styrkan av den föreliggande bevisningen måste jämföras mot en måttstock; beviskravet.

Beviskravet kan vara angivet i lagen, varvid termer som t ex "antag-

³ Den legala bevis teorin behandlas i kap 2.

⁴ Ekelöf: Rätttegång IV s 7.

⁵ A a s 8.

ligt" och "sannolikt" används. I många fall ger emellertid lagen inte något besked om beviskravet. För sådana fall rekommenderar Ekelöf användningen av beviskravet "styrkt", såsom ett *normalkrav* på bevisningens styrka.⁶

Det bör dock påpekas, att även om lagen ger besked om beviskravet, t ex genom användningen av termen "styrkt", innebörden av denna term kräver en närmare bestämning. Den närmare bestämningen av beviskravet blir därför en *tolkningsfråga*.⁷ Ett klarare ställningstagande till innebörden av ett beviskrav blir emellertid inte aktuellt när bevisningens styrka är uppenbart för låg eller uppenbart tillräcklig. I *marginalfallet* krävs däremot en mer aktiv tolkning av det tillämpliga beviskravet.

De ovan nämnda frågorna, d v s frågan hur stark den föreliggande bevisningen är och frågan hur stark bevisning som krävs, särhålls vanligen strängt inom doktrinen.⁸ Däremot råder delade meningar rörande frågan om beviskravet — i den mån det inte är bestämt i lagen eller praxis — skall vara på förhand bestämt eller om domaren fritt, från fall till fall, själv skall få bestämma detta.⁹ De som anser att rätten fritt skall få bestämma beviskravet tolkar principen om fri bevisprövning på sådant sätt, att därunder även inryms ett fritt och obundet ställningstagande till beviskravet. En fördel med ett sådant betraktelsesätt är att man åstadkommer *flexibilitet* och därmed anpassning till de individuella fallen,¹⁰ t ex kan beviskravet anpassas så att en bevisbörderegeln inte behöver tillgripas (och omvänt), vilket kan vara en fördel för undvikande av obilliga lösningar. Å andra sidan skapas härigenom — genom att klara regler saknas — *otrygghet* då förutsebarheten blir minimal.¹¹

Den norm som anger beviskravet brukar framställas såsom anknytande till en *sannolikhetskala*.¹² Bevisfakta subsumeras inte under denna norm på sätt som konkreta rättsfakta subsumeras under rekvisit. Vid fri bevisvärdering kan nämligen normen ifråga inte utpeka vissa bestäm-

⁶ A a s 87 och 100. Se även avsnitt 7.5 och 9.3.

⁷ Jfr Nygaard s 491.

⁸ Se härom Andenæs i TfR 1943 s 289, Eckhoff s 16, Greger s 15, Bolding: Bevisbördan s 35, Musielak s 291, Nell s 99 och Maassen s 19.

⁹ Att domaren fritt bör få bestämma beviskravet i förevarande situation anser bl a Dige s 23, Scheel sa 14, Skeie s 308 och von Bahr s 7 och 28. Denna uppfattning gränsar mot överviktsprincipen, som innebär att något beviskrav inte uppställs.

¹⁰ Se Augdahl s 14 och Tybjerg s 47.

¹¹ Augdahl a st.

¹² Angående sannolikhetskalan, se avsnitt 9.2.

da fakta vilka utgör tillräckliga bevis.¹³ Vid fri bevisvärdering sker i stället en jämförelse i varje enskilt fall mellan å ena sidan styrkan av den föreliggande bevisningen och den föreställning som domaren har om var någonstans på sannolikhetsskalan som det tillämpliga beviskravet befinner sig. Då den norm som anger beviskravet anses knyta till en sannolikhetsskala kommer den att få ett rent *empiriskt* innehåll.¹⁴ Även här ligger kanske en förklaring till varför bevisfrågorna hänförs till sakfrågan.

Zahle har emellertid ställt upp en normativ bevisvärderingsteori i motsats till frekvensteorin. Zahle säger bl a att "den judicielle antagelse om et faktum bygger på et materiale, som i kraft af de procesprincipper, som behersker såvel kriminal — som civilprocessen, er af en ganske særpræget karakter, sammenlignet med det grundlag, som ligger bag en videnskabelig opfattelse af et vist hændelseforløb og andre praktiske beslutninger".¹⁵ Han nämner bl a att det i huvudsak är parterna som väljer ut tema och bevisfakta och säger att detta inte står i överensstämmelse med sannolikhetsteorin, som förutsätter att bevismaterialet är utvalt slumpmässigt eller representativt.¹⁶ Han menar vidare att principen om den fria bevisprövningen innehåller regler rörande parternas "adfærd" (på svenska: beteende, görande och låtande) och undersöker förhållandet mellan "den juridiske sandsynlighedsteori" och den av honom uppställda teorin om "normativ adfærdsvurdering".¹⁷ Element i den "normative adfærdsvurdering" är bl a bevissäkring. Zahle talar vidare om "manifeste bevis".¹⁸ Ett sådant kan utgöras av tex ett kvitto. Zahle menar nu att "adfærden" i vissa fall kräver att kvitto begärs och att försumlighet i detta hänseende får betydelse vid bevisvärderingen. I detta sammanhang används begreppet "konneksitetsbetingelser",¹⁹ varmed han avser regler som anger att vissa bevisfakta är nödvändiga för att ett faktum skall kunna fastställas eller att vissa omständigheter alltid är tillräckliga härför. Det manifesta standardbeviset kvitto skulle sålunda stå i ett "konneksitetsförhållande" till betalning. Zahle synes mena att teorin de facto har näst intill generell giltighet.²⁰ Avhandlingen är recenserad av Bolding i TfR 1978 s 530-539, vilken ställer sig avvisande till Zahles teser.

¹³ Jfr emellertid Nygaard s 491, som helt likställer subsumtion av bevisfakta under ett beviskrav med subsumtion av fakta under rättsbegrepp.

¹⁴ Jfr emellertid avsnitt 1.7 och 9.4.5.

¹⁵ Zahle s 404.

¹⁶ A a s 398. Att bevismaterialet är utvalt slumpmässigt eller representativt utgör dock inte en förutsättning för möjligheten att göra en sannolikhetsuppskattning. Se kap 4 och 9.

¹⁷ A a s 12.

¹⁸ A a s 299.

¹⁹ A a s 497.

²⁰ A a s 774.

Att en rättsregel bestämmer hur stark bevisning som erfordras påverkar inte värderingen av de föreliggande bevisen. Däremot kan naturligtvis domaren inte ta ställning till om bevisningen räcker utan att ta ställning till beviskravet. Eftersom nu resultatet av bevisvärderingen ofta uttrycks med termer som "antagligt", "sannolikt", "styrkt" och "uppenbart", vilka termer också återfinns på beviskravssidan, kommer i praktiken ställningstagandet till frågan om bevisningens styrka och dess tillräcklighet att ske *i ett sammanhang*. Då vidare graden av sannolikhet i regel inte kan bestämmas exakt blir det ofta svårt att i *det konkreta fallet* skilja bevisvärde- och beviskravsfrågor från varandra.²¹ Vi kan i sådana fall, när det föreligger oenighet mellan rättens ledamöter rörande frågan om ett faktum skall anses fastställt, inte avgöra om oenigheten beror på skillnad i bevisvärdering eller på att det tillämpliga beviskravet tolkats på olika sätt (eller på oenighet rörande båda dessa frågor).

Skall man på ett meningsfullt sätt kunna skilja mellan sak- och rättsfråga bör därför till sakfrågan hänföras *fastställandet av fakta med hjälp av fri bevisvärdering*.²² I sakfrågan inkluderas då ett ställningstagande till beviskravet. Det ligger därmed säs en rättsfråga i sakfrågan.²³ Denna rättsfråga kan emellertid i vissa fall brytas ut och göras till en fristående rättsfråga. Det är nämligen möjligt att *på förhand* ta ställning till om beviskravet för ett rättsfaktum bör vara tex "styrkt" eller blott "sannolikt".²⁴ I den konkreta värderingssituationen kan sedan sak- och rättsfråga åter bli ouplösligt förenade med varandra.

²¹ Jfr Ekelöf: Rättsmedlen s 93 som säger att det "icke alltid" är möjligt att upprätthålla distinktionen ifråga.

²² Jfr emellertid Ekelöf a s 92: "Strängt taget utgöres sakfrågan sålunda endast av spörsmål om den grad av sannolikhet varmed olika rättsfakta bevisats i målet." Här hänförs alltså till sakfrågan enbart själva bevisvärderingen.

²³ Peczenik: Juridikens metodproblem s 55 säger att användningen av begreppet rättstillämpning förutsätter att fakta slagits fast och att begreppet därför omfattar även sakfrågor. Tanken bakom detta påstående är att normer används på fastställda fakta. Rättstillämpning kan emellertid bestå i själva fastställandet av fakta, vilket är fallet när tex en bevisbörderegler används. Och även om begreppet rättstillämpning i viss mening förutsätter att fakta slagits fast, så innebär fastställandet av fakta i många fall ett fastställande på rent kunskapsmässig väg. Som exempel kan nämnas fastställandet av notoriska fakta. Begreppet rättstillämpning betecknar således inte bara en sak: tillämpningen av regler på fastställda fakta, utan knyter till skilda verksamheter. Med en pluralistisk bestämning uppkommer inga logiska problem om man hänför sakfrågan utanför begreppet rättstillämpning. Angående begreppet rättstillämpning, se vidare avsnitt 1.3.1.

²⁴ Jfr nedan avsnitt 12.2 rörande omröstning.

Jag har ovan talat om den norm som anger beviskravet. En regel om tillräckligt bevis är samtidigt en bevisbörderegel.²⁵ En bevisbörderegel är en rättsregel som anger hur rätten skall döma när det råder *ovisshet* om ett relevant faktum.²⁶ Sålunda skall tex gäldenären i ett kravmål "styrka" betalning. Gäldenären bär alltså bevisbördan och råder *ovisshet* om huruvida gäldenärens bevisning är tillräcklig, dvs om den uppfyller beviskravet "styrkt", anger bevisbörderegeln att denna *ovisshet* skall drabba honom genom att påståendet om betalning inte godtas.

Efter vilka överväganden bevisbördan bör placeras har debatterats flitigt och jag skall inte nu ge mig in i den diskussionen.²⁷ Jag vill här endast påpeka att det inte är själva bevisbörderegeln som anknyter till sannolikhetsskalan, utan det är den norm som sas finns inuti denna norm och som anger beviskravet, som har anknytningen ifråga.²⁸

Antag nu att gäldenären i det ovanstående kravmålet inte når upp till beviskravet. I så fall kommer domstolen att *rent praktiskt* agera som om det vore *helt klarlagt* att betalning inte erlagts.²⁹ Skulle alltså gäldenären överhuvudtaget inte ha presterat någon bevisning för betalning behandlas detta fall på samma sätt som om gäldenären gjort betalning "sannolik". När domstolen i ett fall där gäldenären presterat sannolika skäl för betalning, i sitt praktiska beslutsfattande utgår ifrån att betalning inte erlagts, har detta tydligen inte någon direkt anknytning till verkliga förhållanden. Det rör sig i stället snarast om en ren *fiktion*.³⁰ Vi får alltså skilja på det fallet att bevisningens styrka räcker och att

²⁵ Se Bolding: Bevisbördan s 148 ff.

²⁶ Se Musielak s 19 och Leipold s 18.

²⁷ Bevisbördefrågor berörs i avsnitten 5.5.2, 7.6, 8.2, 8.5, 8.6 och 11.2.1.

²⁸ Hänvisningen till sannolikhetsskalan vållar ibland missförstånd, tex säger von Eyben: Bevis s33 att vad han kallar sannolikhetsteorin med orätt sammanblandar bevisvärde- och bevisbördefrågor. Av samma uppfattning är Zahle s 489 som menar att sannolikhetsteorin också innehåller normativa moment. Både hos Ekelöf och Bolding, mot vilka kritiken riktas, framgår emellertid tydligt att de drar en skarp gräns mellan bevisvärderings- och bevisbördefrågor. Vid placandet av bevisbördan spelar naturligtvis normativa överväganden in, vilket ju särskilt tydligt framgår vid ett teleologiskt bevisbörderesone-mang. På motsvarande sätt spelar ett normativt moment in om tex part ges bevislätnad pga bevissvårigheter. Om själva beviskravet däremot är uppnått är en fråga som i princip avskiljer sig från bevisbördefrågan. Hänvisningen till sannolikhetsskalan innebär således inte någon sammanblandning av bevisvärde- och beviskravsfrågor.

²⁹ Se Leipold s 65: "Bei processualer Unklarheit über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Tatbestandsmerkmal ist zu entscheiden, als ob dieses Tatbestandsmerkmal gegeben (oder nicht gegeben) wäre."

³⁰ Musielak s 24 och Leipold s 64 ff.

den bevisskyldige sålunda bevisat rättsfaktum i positiv bemärkelse och det fallet att han inte lyckats med detta. I det senare fallet slås motsatta faktum fast med en bevisbörderegeln och inte därför att det har bevisats. Skall man då anse att fastställandet av det faktum att betalning inte skett i ett sådant fall hör till sakfrågan eller rättsfrågan? Både ja och nej. Det kan ju skett en bevisvärdering vid vilken det konstaterats att bevisningen är otillräcklig. Å andra sidan blir resultatet härav att det motsatta faktumet slås fast med hjälp av en rättsregel.

Till sakfrågan skulle man i stället för bevisfrågan, såsom den ovan definierats, kunna hänföra *fastställandet av fakta*.³¹ I sin berömda undersökning av gränsdragningsfrågorna använder sig Engisch av denna definition. Ett problem med denna definition är emellertid att ett faktum kan fastställas med hjälp av en rättsregel, varvid någon bevisvärdering inte blir aktuell visavi detta faktum. Sålunda kan t ex användningen av en presumption medföra att ett faktum skall anses fastställt givet existensen av ett annat faktum.³² Vidare kan ju part i dispositiva mål erkänna faktiska omständigheter, varvid erkännandets riktighet inte undersöks. I båda fallen fastställs vissa fakta med hjälp av rättsregler. Fastställandet av ifrågavarande fakta hör därför i dessa fall till rättsfrågan.

Hur gränsen ifråga skall dras beror på vad som är *syftet* med gränsdragningen. Om syftet är — som i Engisch undersökning — att analysera om det går att skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtionen av dessa under *materiella rättsregler*,³³ kan det vara lämpligt att till sak-

³¹ Engisch: Logische s 85. Se även Larenz s294. Vid reformeringen av ÄRB föreslog processkommissionen att HD endast skulle pröva rättsfrågor. I betänkandet (1926:32 s 178) anges sakfrågan bestå i fastställandet av fakta och rättsfrågan i den rättsliga värderingen av sålunda fastställda fakta. Här synes man inte ha beaktat att fakta stundom fastställs med rättsregler. Schlyter, vars utredning låg bakom förslaget, nämner inte heller detta. Nämnas kan i detta sammanhang att vi nu, vid reformeringen av den gällande RB, ånyo möter detta förslag: HD bör i huvudsak endast pröva rättsfrågor. Se härom SOU 1986:1 s 117 ff. I betänkandet avstår man emellertid från att definiera begreppet sakfråga på ett bestämt sätt och utesluter inte en möjlighet för HD att pröva även sakfrågor.

³² Förutsättningarna i den presumerande omständigheten måste bevisas, men har dessa bevisats kan presumptionen komma att slå fast det materiella rättsfaktumet utan att någon bevisvärdering förekommer. Jag säger här "kan" beroende på att presumtioner fungerar olika beroende bl a på deras beskaffenhet och på om motbevisning förekommer eller ej, se härom avsnitt 8.4. Används en bevisbörderegeln för att fastställa ett faktum eller erkänns ett faktum kan dock inte sägas att förutsättningarna för användningen av bevisbörderegeln eller regeln om erkännande skall bevisas av part.

³³ Engisch: Logische s 85.

frågan hänföra fastställandet av fakta. Det blir ju i så fall likgiltigt *hur* de materiella rättsfakta fastställts. Vill man däremot försöka dra en generell skiljelinje mellan sak- och rättsfråga, bör beaktas *hur* fakta fastställs, men sakna betydelse av *vilket slag* det fastställda faktumet är; materiellt eller processuellt.³⁴ Med en sådan bestämning kommer sålunda att till sakfrågan hänföras fastställandet av fakta — materiella eller processuella — med hjälp av fri bevisvärdering. Subsumtionsmetoden är följande i båda fallen. Tillämpningen av processuella bestämmelser om tex "laga förfall" eller "giltig ursäkt" innebär ju att vissa fakta fastställs och att dessa sedan subsumeras under rekvisiten ifråga. Härvid hör bevisfrågorna i nu angiven bemärkelse till sakfrågan, medan subsumtionen under rekvisiten hör till rättsfrågan.

Till sakfrågan måste vidare hänföras fastställandet av erfarenhetssatser och rättssatser då även sådana kan bli till föremål för bevisning. I denna framställning kommer emellertid bevisningen av rättssatser och erfarenhetssatser inte att uppmärksammas annat än i förbigående.

Jag kommer i denna framställning, som ur mer allmän synpunkt behandlar bevisvärdering och rättstillämpning och således inte i huvudsak gränsdragningsfrågor, att med sakfråga mena fastställandet av fakta med hjälp av fri bevisvärdering. Termen "bevisfråga" kommer jag att använda synonymt med termen "sakfråga". En nackdel med denna terminologi är emellertid att begreppet sakfråga får ett smalt användningsområde. Det kan då inte användas som en beteckning för frågan vilka fakta som bör läggas till grund för domen.³⁵ Utanför begreppet faller vidare den bevisande verksamheten³⁶ och existensen av faktabasen som sådan. Slutligen kan inte generellt avses fastställandet av fakta. Vad angår det sistnämnda så hör, vilket tidigare påpekats, fastställandet av ett faktum, materiellt eller processuellt, med hjälp av en rättsregel till rättsfrågan. Om man i ett sådant fall diskuterar gränsdragningen mellan fastställandet av fakta och subsumtion, rör det sig med den av mig använda terminologin inte om en gränsdragning mellan sak- och rättsfråga, utan om en gränsdragning mellan två rättsfrågor.

Terminologin kan bli särskilt besvärande när man betänker att olika fakta i ett och samma händelseförlopp, till vilka en rättsföljd knys, kan ha slagits fast på olika sätt, med rättsregler och med hjälp av fri

³⁴ Följande är gränsen mellan formella och materiella rättsfakta inte absolut utan flytande, se härom Lindblom: Processhinder, tex s 230.

³⁵ Jfr avsnitt 1.4 vid not 88.

³⁶ Jfr Schlyters definition i not 1 ovan.

bevisvärdering. Att då bryta ut olika fakta i detta händelseförlopp och hänföra fastställandet av vissa till rättsfrågan och andra till sakfrågan blir synnerligen opraktiskt. Man kunde visserligen i och för sig tala om sakfrågan i ett visst sammanhang och då åsyfta existensen av sakförhållandet och i ett annat sammanhang tala om sakfrågan i betydelsen bevisfråga. Vad som hör till sakfrågan i den förra bemärkelsen skulle i så fall kunna vara en rättsfråga. En sådan terminologi vore emellertid förvillande.

Det vore alltså praktiskt att, när gränsdragningsfrågor diskuteras, kunna använda termen sakfråga som en beteckning på de faktiska omständigheterna i målet, oavsett hur de fastställts. Detta gäller emellertid endast vid en diskussion om själva gränsdragningen mellan faktum och rätt. Behandlas i stället ur mer allmän synpunkt bevisvärdering och rättstillämpning och förhållandet häremellan, är det en fördel att med termen sakfråga kunna åsyfta endast bevisfrågor. Problemet för mig är nu att jag kommer att behandla även gränsdragningsfrågor och att jag inte önskar att termen sakfråga skall ha en dubbel betydelse. Jag kommer därför, när jag kommer in på gränsdragningsfrågor, och använder termen sakfråga, att — om ingenting annat sägs — förutsätta att fakta slagits fast med hjälp av fri bevisvärdering. På motsvarande sätt förhåller det sig när jag använder termerna "sakförhållandet" och "fastställandet av fakta". Den sistnämnda termen är visserligen i och för sig *neutral* till sättet för fastställandet, vilket alltså med denna term kan höra antingen till sak- eller rättsfrågan. Jag använder emellertid termen i den snävare bemärkelsen om ingenting annat sägs.

Som framhållits är själva gränsdragningsproblematiken av precis samma beskaffenhet oavsett hur ett faktum fastställts.³⁷ Den gjorda begränsningen påverkar alltså inte de principiella gränsdragningsaspekterna. På ett ställe måste jag dock, vilket redan nu kan sägas, göra ett undantag från den nu stipulerade förutsättningen. När jag i den historiska översikten diskuterar gränsdragningen kan jag givetvis inte, eftersom vi tidigare hade legal bevisteori, förutsätta att fakta slagits fast med hjälp av fri bevisvärdering. Jag kommer där att använda termen fastställande av fakta.

Jag har ovan talat om subsumtionen och sagt att denna aktualiserar

³⁷ Se också Engisch: Logische s 84. Med "faktum" menar här konkret faktum. Stundom slås ett *abstrakt rättsfaktum* direkt fast, t ex med hjälp av en presumption, utan att någon subsumtion därvid förekommer. Däremot måste förutsättningarna för en presumerande omständighet alltid bevisas, varvid subsumtion sker. Se avsnitt 8.4.

gränsdragningen mellan faktum och rätt. Med subsumtion menas införandet av en beskrivning av ett händelseförlopp under en rättssats.³⁸ Om man kan skilja mellan faktum och rätt blir då — enkelt uttryckt — en fråga om man kan skilja användningen av rättsbegrepp från användningen av vanliga alldagliga begrepp, vilka kan vara synonyma med rättsbegrepp.³⁹ Denna fråga brukar i tysk doktrin ofta besvaras på följande sätt. Om en regel använder exakta beskrivande naturliga begrepp, eller om den kan reduceras till sådana begrepp, kan man skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. Ifall detta inte är möjligt flyter fastställande och subsumtion in i varandra.⁴⁰ Ett exempel får klargöra:

Ifall vi har rekvisitet "störande", och ett vittne säger att en hyresgäst varit "störande", kan man inte skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. I så fall går nämligen värdering och beskrivning hand i hand. Har däremot stornivån uppmätts till tex 120 db, kan man skilja mellan fastställandet av detta faktum och subsumtionen av detsamma under rekvisitet "störande".⁴¹

Den nu gjorda gränsdragningen bygger på ett *logiskt-begreppsligt* kriterium, nämligen det, att om begrepp har stor exakthet, skillnaden mellan fastställandet av fakta och subsumtion framträder.⁴² Det finns de som inte godtar detta kriterium och som senare kommer att framgå utgör kriteriet ingen formel som i varje läge lätt undanröjer problemen.⁴³

Till rättsfrågan hör inte bara subsumtionen, som är av mer teknisk natur, utan även frågan *vilka* fakta som i ett händelseförlopp skall läggas till grund för domen och således ingå i subsumtionen.⁴⁴ Ytterligare

³⁸ Engisch: Logische s 19, Schneider: Logik s 4 f och 161 och Larenz s 258. Se också Musielak s 2 ff och Strömholm: Rättstillämpning s 353 f. Se mer utförligt i kap 10, särskilt avsnitt 10.2.

³⁹ Se Engisch: Logische s 83 och Larenz s 294.

⁴⁰ Engisch: Logische s 96 och Henke s 178. Termen "naturliga begrepp" används på skilda håll i denna framställning, varvid åsyftas beskrivande ord med stor exakthet, vilka följer det allmänna språkbruket.

⁴¹ Engisch: Logische s 103, Larenz s 295.

⁴² Engisch: Logische s 96, Henke s 138 ff.

⁴³ Se härom avsnitt 10.3.2 och 10.3.3.

⁴⁴ Se Engisch: Logische s 85; Larenz s 296, Schwinge s 55 och Zippelius s 87. Jfr emellertid Bolding: Bevisbördan s 36 som försöksvis definierar sakfrågan på följande sätt: "Sakfrågan består i spörsmålet *vilka fakta* som skola läggas till grund för rättens avgörande. Rättsfrågan består i spörsmålet *vilka* rättsföljder som skola knytas till dessa fakta." Motsvarande uppfattning finns hos Dufwa s 13 som säger att man med sakfrågan menar frågan *vilket* sakförhållande som domstolen skall lägga till grund för rättstillämpningen (min kurs). Jfr avsnitt 1.4 vid not 88.

en rättsfråga är, som tidigare framgått, om en rättsregel, t ex en presumption, kan användas för att fastställa ett faktum.⁴⁵ Till rättsfrågan hör också spørsmålet vilken *rättsföljd* som bör knytas till ett fastställt sakförhållande.⁴⁶ Till rättsfrågan hör även, som ovan nämnts, frågor om bevisbörda och beviskrav.

Det bör i sammanhanget påpekas att vi inte generellt skall likställa rättsfrågor med *värderingsfrågor*. Det är inte alltid så att besvarandet av en rättsfråga innebär ett värderande ställningstagande, t ex kan ju subsumtionen vara en enkel klassificering, liksom rättsföljden kan vara given p g a en enkel regel eller stadgad praxis. Omvänt kan inte heller alla värderingsfrågor hänföras till rättsfrågan. Säger t ex ett sakkunnigt vittne att "maskinen fungerar utmärkt" uttrycker det en värdering, men vittnet uttalar sig inte i en rättsfråga.⁴⁷ *Rättsfrågor är — i vid mening — sådana värderingsfrågor eller sådana ställningstaganden som aktualiseras vid tillämpningen av rättsregler eller rättsliga principer*.⁴⁸ Till rättsfrågan i vid mening hör därför också frågan om vilken metod som bör användas vid lagtolkning och bevisvärdering. I båda fallen aktualiseras användningen av normer inom rättssystemet.⁴⁹

Bakom de rättsfrågor som aktualiseras på olika plan i rättssystemet finns fakta. När gränsen och förhållandet mellan sak- och rättsfråga diskuteras och till sakfrågan hänförs bevisvärderingen, är det emellertid endast *vissa slags fakta* som brukar avses, nämligen sådana fakta i ett *händelseförlopp*, vilka gör en regel tillämplig.⁵⁰ Sådana fakta kallas

⁴⁵ Engisch: Logische s 84 och Henke s 145. Jfr även Afzelius: Rättegångsförfarandet s 197: "Äfven den frågan huruvida ett faktiskt förhållande — t ex ett visst yttrande — är bevisadt eller icke, kan vara en rättfråga, om nemligen i lag regler för beviset äro gifna, hvilka i det föreliggande fallet kunna komma i fråga att tillämpas."

⁴⁶ Bolding: Bevisbördan s 29, Ekelöf: Rättsmedlen s 92. Ibland används begreppet rättsfråga endast som beteckning för val av rättsföljd, se Bolding: Skiljeförfarande s 157.

⁴⁷ Se mer härom avsnitt 7.2 och 10.3.2.

⁴⁸ Jfr Ekelöf: Rättsmedlen s 92 som säger att till rättsfrågan räknas alla spørsmål som skall bedömas enligt rättsregler och Thornstedt: Rättsvillfarelse s 32 som menar att rättsfrågor hänför sig till tillämpningen av "normer som ingår i ett normsystem vilket kan betecknas som gällande rätt".

⁴⁹ Val av metod för bevisvärdering måste ske med beaktande av den rättsregel genom vilken principen om fri bevisprövning slagits fast samt med hänsyn till de processrättsliga regler och principer som styr efterforskningen av sanning i process. Se härom avsnitt 4.1 och 4.5. Vad gäller tolkningsprinciper eller normer för tolkning är det här inte träffande att säga det rör sig om frågor vilka skall bedömas enligt rättsregler, utan snarare rör det sig om överordnande normer vilka anger hur rättsfrågor bör bedömas.

⁵⁰ Se t ex Engisch: Einführung s 34 och 60, Zippelius s 83 ff, Strömholm: Rättstillämpning s 353 ff, Blomeyer s 351 och Bruns s 236.

ibland för *subsumtionsfakta*.⁵¹ Till begreppet sakfråga, som det ovan bestämts, brukar också parts bevisskyldighet vara knuten och part anses inte vara skyldig att bevisa sk rättskälle- eller rättstillämpningsfakta.⁵² Exempel på sådana fakta är enligt Bolding och Ekelöf existensen av en dom eller uttalanden i förarbeten om en regels tillämplighet.⁵³ Motsvarande gäller för *tolkningsfakta*, dvs sådana fakta vilka används för att klarlägga *innebörden* i en rättsats.⁵⁴

1.3 Några andra begreppsbestämningar

1.3.1 Rättsfaktum — rättstillämpning

Till sakfrågan brukar, som ovan påpekats, hänföras fastställandet av sådana händelsefakta (subsumtionsfakta), vilka motsvarar rekvisiten i en rättsregel. Till denna tudelning mellan sak- och rättsfråga är vissa begrepp anknutna, vars innebörd det är viktigt att känna till. Således är begreppen bevisfaktum och hjälpfaktum sammanlänkade med sakfrågan, medan ett rättsfaktum utgör föremål för bevisning och har rättslig betydelse. Jag skall i det följande ange och kommentera innebörden hos dessa och en del andra begrepp.

Begreppet rättsfaktum används i flera olika betydelser. För att förklara dessa betydelser är det viktigt att känna till hur en rättsregel brukar vara utformad. En rättsregel är i allmänhet utformad på så sätt, att den anger vissa förutsättningar för att en rättsföljd skall inträda. I regel är det därför möjligt att skriva om rättsregler till *villkorssatser*⁵⁵, t ex ”om någon kört mot rött ljus, så skall han dömas...” Begreppet rättsfaktum används nu i flera olika betydelser och ibland kan det vara svårt att avgöra vilken betydelse som åsyftas. Begreppet kan åsyfta den *språkli-*

⁵¹ Seiter s 573 och 579. Som Seiter påpekar är utgångspunkten vid beskrivningen av rättsstillämpningen den, att det finns en *färdig* juridisk översats under vilken fakta i ett händelseförlopp subsumeras. Problem uppkommer därvid vid — den mer realistiska utgångspunkten — att rätten stundom *konstruerar* rättsatser. I sådana fall blir det bl a svårt att skilja mellan subsumtionsfakta och tolkningsfakta. Denna problematik behandlas i avsnitt 11.3.2, 11.3.3 och 11.3.4.

⁵² Se avsnitt 11.3.2.

⁵³ Bolding: Bevisbördan s 41 och Ekelöf: Rättegång IV s 195. Jfr vidare avsnitt 11.3.2.

⁵⁴ Tolkningsfakta berörs nedan i avsnitt 1.3.2 och 1.5.3 och behandlas utförligt i avsnitt 11.3.2.

⁵⁵ Engisch: Einführung s 33, Larenz s 234, Zippelius s 25 ff och Ekelöf: Grundbegrepp s 12 f.

ga om-satsen i dess helhet, däri ingående moment, de *faktiska* omständigheter som konstituerar ett sådant moment samt slutligen också hela det sakförhållande som motsvarar om-satsen (försatsen).⁵⁶

Ibland talas det om komplext rättsfaktum. Härmed avses en sådan förutsättning i en rättsregel, vilken brukar konstitueras av ett flertal faktiska omständigheter i förening. Det är också vanligt att man talar om *obestämda rättsbegrepp*, varmed avses ett rättsbegrepp vars innehåll och omfång i hög utsträckning är ovisst.⁵⁷ Med att ett rättsfaktum är komplext torde i allmänhet menas detsamma som att det är obestämt.⁵⁸ Det är därför inte på förhand givet vilka fakta som gör det komplexa rättsfaktumet tillämpligt. Här finns i stället många tänkbara faktakonstellationer som kan vara av relevans. Exempel på komplexa rättsfakta är t ex "vårdslöshet", "arbetstagarförhållande" och "oskäligt".

Den eller de förutsättningar som en regel uppställer kallas ibland också för *rekvisit*.⁵⁹ Denna term har jag själv begagnat mig av tidigare i framställningen. Detta för att skilja mellan de förutsättningar som en regel uppställer och de faktiska omständigheter på verklighetsplanet som jämförs mot förutsättningarna i regeln. För att skilja häremellan kan man också använda termerna *abstrakt* och *konkret rättsfaktum*.⁶⁰ I denna framställning används både termerna rekvisit och abstrakt rättsfaktum. Som beteckning för omständigheter på verklighetsplanet används termer som fakta, konkreta fakta, konkreta rättsfakta, sakför-

⁵⁶ I juridikens termer menas med rättsfaktum *försatsen* i en rättsregel. Om denna försats är uppdelad på flera förutsättningar används som beteckning för dessa stundom ordet *rekvisit* (se t ex Strömberg s 81) och stundom benämningen *rättsfakta* (se Strömholm: Allmän rättslära s 46). Vad gäller fakta på *verklighetsplanet* används ibland beteckningen moment i rättsfaktum, så t ex Boman s 48. Ekelöf säger i TfR 1945 s 226 att det är ovanligt att man i ett konkret fall talar om rättsfaktum för fakta på verklighetsplanet. I sådant sammanhang är enligt Ekelöf uttrycken "relevant faktum" eller "relevanta omständigheter" vanligare. Angående den ifrågavarande terminologin, se också Adlercreutz s 223.

⁵⁷ Se Engisch: Einführung s 108.

⁵⁸ Ekelöf säger i TfR 1945 s 247 att ett komplext rättsfaktum är "icke summan av ett flertal rättsfakta utan ett sakförhållande som karaktäriseras dels av att antingen det ena eller det andra av vissa rättsfakta föreligger dels och av att ingetdera av vissa andra rättsfakta föreligger". Ett rättsfaktum kan emellertid vara komplext i den mening Ekelöf avser utan att samtidigt vara obestämt, t ex är "ägenderätt" ett komplext rättsfaktum i Ekelöfs mening, men å andra sidan är det för många situationer relativt väldefinierat, varför man i dessa fall med ganska stor bestämdhet kan ange vilka fakta som skall resp inte skall föreligga för att "ägenderätt" skall anses föreligga.

⁵⁹ Se ovan not 56.

⁶⁰ Ekelöf i TfR 1945 s 226 och Frändberg s 70.

hållandet etc. Skulle jag någon gång i framställningen inte vara explicit framgår säkert av sammanhanget vad som åsyftas.

Begreppet rättsfaktum används också, som nyss framgick, för att på verklighetsplanet beteckna faktiska omständigheter. Strömberg använder begreppet i ifrågavarande hänseende för att beteckna de konkreta fakta, som ensamma eller i förening med andra fakta konstituerar rekvisitet *och gör regeln tillämplig*⁶¹. Mot denna definition, vilken är vanlig (se nedan), kan man invända att vi rimligtvis bör ha att göra med ett rättsfaktum även om domstolen finner att en regel *inte* bör tillämpas, m a o om ingen rättsföljd knyts till fakta i målet. Ur parternas synpunkt, som i dispositiva mål åberopar de fakta de finner relevanta, och ur domstolens synpunkt, när den fördelar bevis- och åberopsbörda, kan nämligen dessa fakta behandlas som rättsfakta, även om den vid överläggning till dom kan finna att någon rättsföljd inte bör knytas till dem⁶².

Den ovan gjorda definitionen av rättsfaktum förefaller att ha skett ur rättsdogmatisk synpunkt, med beaktande av det positiva innehållet i gällande rätt, och inte ur processuell synpunkt. Denna söndring mellan vad som kan kallas *processuella* och *preliminära* rättsfakta samt *materiella* och *definitiva* rättsfakta — vilka givetvis kan sammanfalla — är ur processuell synpunkt inte ändamålsenlig. Härtill kommer att, även om vi bortser från den processuella aspekten, det synes egendomligt att som rättsfakta betrakta endast sådana fakta som aktiverar rättsföljden i en regel. För upplysning av innehållet i gällande rätt kan det ju vara lika intressant att konstatera att t ex HD funnit att en rättsföljd *inte* skall knytas till vissa fakta. Särskilt när fakta är av sådan beskaffenhet att man *förväntar sig* att de har kraft att aktivera en regel, är det intressant att få veta att de trots allt inte har den erforderliga rättsliga tyngden. I sådana fall skulle man kunna säga att rättsföljden är *negativ*⁶³.

Hur rättsfaktum definieras hänger tydligen enligt Strömberg samman med innebörden av *rättstillämpningsbegreppet*. Strömberg, liksom fö Olivecrona, Hjerne och Gihl menar att rättstillämpning förutsätter att rättsföljden i den aktuella regeln knyts till fakta i målet⁶⁴. Med tillämp-

⁶¹ Strömberg s 81.

⁶² Jfr avsnitt 11.2.

⁶³ Jfr avsnitt 9.3 vid not 24.

⁶⁴ Angående begreppet rättstillämpning säger Olivecrona: Domen i tvistemål s 84: "Här för erfordras två ting. Å ena sidan måste vara konstaterat, att de omständigheter, vilka i regeln uppställas såsom förutsättningar för ett visst handlingssätt, faktiskt föreligga. Å

ning avses då en *faktisk användning* av regeln. Detta innebär att vi inte har att göra med rättstillämpning om rättsföljden uteblir. Då ordet tillämpning betyder användning kan det också synas naturligt med en sådan begreppsbestämning; uteblir rättsföljden kan ju inte regeln sägas bli till föremål för faktisk användning. Å andra sidan används regeln även i de fall rättsföljden uteblir i den meningen att rätten jämför fakta i målet med beskrivningen i regelns försats. Resultatet av denna jämförelse leder till att en rättsföljd antingen hakas på eller ej. Då nu denna jämförelse inte hänförs till tillämpningen kommer den att hänföras till *tolkningen*. Vanligtvis uppfattas nämligen saken så, att en regel först tolkas för att sedan eventuellt tillämpas. Ur logisk synpunkt förhåller det sig också så, att innebörden av en norm måste klarläggas innan den kan bli till föremål för faktisk användning. Å andra sidan innebär inte tolkning och *hypotetisk* tillämpning klart från varandra avskilda etapper. Domaren blickar vid tolkningen — om fallet inte är uppenbart — på vilka konsekvenser en viss lösning ger, men osker tolkningen väl i sådana fall i regel mot en tänkt tillämpnings ändamålsenlighet⁶⁵. När rätten sedan faktiskt använder regeln, så tillämpas den; då kan man inte längre tala om tolkning.

I och för sig kan man med tillämpning mena en sådan faktisk användning av en regel som innebär att rättsföljden aktiveras, och med tolkning mena den verksamhet som leder fram till denna faktiska användning. Har rättsföljden uteblivit har i så fall regeln inte tillämpats utan enbart tolkats. En sådan definition är emellertid inte lämplig om vi ser till texterna om resning och den överensstämmer överhuvudtaget inte med det rättstillämpningsbegrepp som förekommer i RB. En resningsgrund

andra sidan måste just det handlingssätt iakttas, som i regeln föreskrives för en dylik situation. *Först om båda dessa förutsättningar äro uppfyllda, föreligger en tillämpning.* Hjerner säger s 431 f följande: "Konstateras däremot *icke överensstämmelse* mellan den abstrakta sakbeskrivningen i regeln och det konkreta sakförhållandet i målet, *kan regeln icke anses tillämpad*, även om regeln i förening med den bristande överensstämmelsen skulle åberopas i domskälen. Gihl s 251 f, 278 f menar också att rättstillämpning endast är för handen när en rättsföljd knyts till fakta i målet. Se fö också Pezzenik: Juridikens metodproblem s 54: "Med rättstillämpning menas att en domstol eller en myndighet avgör ett konkret fall i *överensstämmelse med en rättsregel*".

⁶⁵ Se Agge: Huvudpunkter s 64 och Ahlander s 139 ff. Se också Strahl i TfR 1946 s 205 som säger att översatsen i en juridisk slutledning aldrig bör fastställas utan hänsyn till slutledningens resultat. Jfr emellertid Ekelöf: Teknik s 21 ff och En essay s 31 ff som menar att det på ordens vaghet inte är möjligt att genom rent teoretiska analyser (tolkning) klarlägga betydelsen av en rättsats. Han använder därför begreppet rättstillämpning i vilket tolkningen ingår som en beståndsdel. Jfr not 67 nedan.

är att till grund för avgörandet ligger en uppenbart oriktig rättstillämpning. Av motiven till RB framgår att man ansett att oriktig tolkning leder till oriktig rättstillämpning⁶⁶. Således innefattas eller förstås med felaktig rättstillämpning felaktig tolkning⁶⁷. Vad sedan angår frågan om till rättstillämpningen skall räknas även sådana domstolsavgöranden där domstolen felaktigt underlåtit att knyta en rättsföljd till vissa fakta, så säger det sig självt att den öppning till ett riktigt avgörande som resningsreglerna lämnar, i hög utsträckning skulle bli illusorisk, om till rättstillämpning räknas endast de fall där, sedan överensstämmelse mellan rekvisit och konkreta rättsfakta konstaterats, en rättsföljd knutits till fakta i målet.

Antag vidare att HovR:n skall avgöra en rättstillämpningsfråga på handlingarna och därvid jämför fakta i målet med en rättsregel och konstaterar brist på överensstämmelse mellan fakta och rekvisit och därför inte slår fast rättsföljden. Enligt den ifrågavarande regeln (RB 50:21) så måste detta betecknas som rättstillämpning. I annat fall skulle den ifrågavarande regelns tillämplighet bli starkt begränsad. Och antag vidare, att HD i ett prejudikat slår fast att till vissa fakta inte skall knytas någon rättsföljd. Som ovan nämnts kan HD därmed ha avgjort en fråga av vikt för rättstillämpningen. Ur handlingsdirigerande synpunkt kan ett sådant avgörande vara lika mycket värt som ett sådant där överensstämmelse mellan fakta och rekvisit konstaterats.

Ur rättsdogmatisk synpunkt, dvs med beaktandet av innehållet i gällande rätt, kan det emellertid synas egendomligt, att som rättsfaktum beteckna ett sådant faktum som saknar materiell rättslig betydelse. Men å andra sidan behöver ett sådant faktum inte sakna rättslig betydelse överhuvudtaget genom att regler om åberopande, bevisbörda och bevisvärdering kan ha använts på ett sådant faktum i ett tidigare skede.⁶⁸ Dessutom kan ett sådant faktum sägas ha rättslig betydelse genom

⁶⁶ SOU 1938:44 s 73 och 574. Som exempel på rättstillämpningsfel nämner PLB att domstolen förbisett eller *misstolkat* en gällande lagbestämmelse och att domstolen tillämpat en ny lag som i det förevarande fallet ej är tillämplig i stället för gammal eller omvänt (min kurs).

⁶⁷ Så också Cars s 57. Även Ahlander s 135 menar att man kan använda ordet tolkning även om man inte på rent teoretisk väg kan klargöra innebörden hos en rättsats.

⁶⁸ Man får naturligtvis skilja på det fallet att en rättsföljd i det konkreta fallet inte knutits till ett faktum, vilket objektivt sett är materiellrättsligt relevant pga att det *inte bevisats föreligga* och det fallet att domstolen menar att ett bevisat faktum saknar materiellrättslig betydelse. Det förstnämnda faktumet utgör — objektivt sett — ett rättsfaktum. Men även i den andra situationen menar jag att vi har att göra med rättsfakta. Bevis-

att det i ett prejudikat — sannolikt får — en handlingsdirigerande verkan. Slutligen får vi av vad vi kan kalla materiellt negativa rättsfakta faktiskt besked om innehållet i gällande rätt. Vi får nämligen veta att ett sådant faktum inte aktiverar rättsföljden och därmed har vår kunskap om gällande rätt utvidgats.

Sammanfattningsvis menar jag alltså att vi med begreppet rättstillämpning bör förstå en sådan verksamhet hos domstolen som går ut på att avgöra om en regel skall tillämpas eller ej. Ett rättsfaktum blir därmed ett sådant faktum som domstolen jämför med rekvisitet i en regel, vare sig rättsföljden sedan inträder eller ej.

1.3.2 Bevisfaktum och hjälpfaktum

Jag övergår nu till begreppen på bevissidan och utgår därvid från de definitioner som Ekelöf ger i Rättegång IV. Där får vi veta att ett bevisfaktum är ett faktum som har bevisvärde för ett bevisstema och att det slutgiltiga bevisstemat alltid är ett rättsfaktum. Ett hjälpfaktum är ett faktum som ensamt inte har något bevisvärde för bevisstemat. Det kan endast höja eller sänka bevisfaktums bevisvärde för bevisstemat.⁶⁹

Av definitionerna får man lätt intrycket att det är någon slags *egen-skap* hos resp faktum, vilken gör att de endast kan ha den angivna betydelsen. Således får man intrycket att vad som uppfattas som ett bevisfaktum endast kan ha bevisvärde och inget annat och att på motsvarande sätt ett hjälpfaktum endast kan ha den angivna effekten. Men antag, för att ta ett exempel, att en bilist kört på och skadat en person och att det vid olyckstillfället var dimmigt. Den omständigheten att det var dimma kan ensam eller i förening med andra omständigheter anses konstituera vårdslöshet och utgör i denna egenskap ett konkret rättsfaktum. Men den kan också vara ett bevisfaktum, t ex för att vägbanan var våt vid olyckstillfället. Och den kan dessutom vara ett hjälpfaktum vid ett eventuellt påstående om siktförhållandena på olycksplatsen.

börderegler och återopsregler kan — som påpekats — ha använts även på sådana fakta. Först vid överläggning till dom kan de komma att befinnas sakna rättslig verkan. Vidare har vi ju det fallet att tex tingsrätten menat att en rättsföljd inte skall knytas till vissa fakta. Man skulle i sådant fall — om man följde den kritiserade definitionen — vid överklagande få säga att ifrågakvarande fakta inte utgör rättsfakta och att något återopande av dessa fakta därför inte erfordras. Vidare skulle enligt definitionen ifråga TR:n inte ha kunnat göra ett rättstillämpningsfel eftersom den inte tillämpat regeln. Det säger sig självt att en sådan ståndpunkt vore orimlig. Angående prövning ex post, se avsnitt 10.2 vid not 12.

⁶⁹ Ekelöf: Rättegång IV s 9.

En och samma omständighet kan alltså ha olika *funktioner* i rättsstrukturen, vilket inte framgår av Ekelöfs definitioner, men som dock påpekas av Ekelöf på annat ställe.⁷⁰

Av flera olika skäl är det viktigt att hålla i minnet att en och samma omständighet kan vara bärare av flera olika funktioner. För bevisfakta gäller inte, som för rättsfakta, något beviskrav.⁷¹ Detta innebär att en och samma omständighet kan få beaktas i ett avseende, men inte i ett annat. Om det *tex* inte med erforderlig styrka bevisats att det var dimmigt får omständigheten ifråga endast räknas på bevissidan. Vidare måste rättsfakta i dispositiva mål åberopas.⁷² Bevisfakta behöver aldrig åberopas.⁷³ Om nu en och samma omständighet har både bevis- och rättsverkan, men inte åberopats, bör den rimligtvis få beaktas endast på bevissidan; de skäl som bär upp åberopsbördan är ju fortfarande lika giltiga.⁷⁴ Har däremot omständigheten åberopats är det helt klart att den kan fungera både som bevis- och rättsfaktum.

Ifall nu rätten inte uppmärksammar de olika funktionerna kan konsekvensen bli den, att en omständighet helt sorteras bort från bedömningen. Detta kan ske om en omständighet uppmärksammas endast som rättsfaktum och den inte fyller beviskravet, fastän den samtidigt utgör ett bevis- eller hjälpfaktum (eller bådadera) och således borde räknas på bevissidan. En annan konsekvens kan bli att en omständighet medräknas som rättsfaktum trots att den inte fyller beviskravet och således endast borde räknas på bevissidan.

Uppfattningen att en omständighet har en egenskap och inte en funktion och att det således är möjligt att isolera och klassificera omständigheter avskilda från varandra verkar vara av gammalt datum. Sålunda säger *tex* Kallenberg

”Vid angifandet af hvad som utgör föremål för bevis gör man gemenskapen skillnad emellan omedelbart och medelbart relevanta fakta; de senare uppträda vanligen under det allbekanta namnet indicier.

⁷⁰ I Rättegång I s 21 säger Ekelöf att det förhållandet att i brottmål de objektiva rekvisiten är uppfyllda brukar vara det viktigaste beviset för att även det subjektiva rekvisitet är uppfyllt. Jfr här avsnitt 6.2.2. I brottmål har vi dubblade rekvisit, men i civilmål förhåller det sig i regel inte på detta vis. Förmodligen har man därför inte räknat med att en och samma omständighet i någon större omfattning kan vara bärare av flera olika funktioner, *tex* berör inte Boman detta i sin bok Åberopsbördan.

⁷¹ Ekelöf: Rättegång IV s 84.

⁷² Boman s 46.

⁷³ Boman A st, Kommentaren s 180.

⁷⁴ Angående dessa skäl, se avsnitt 11.3.3.

Omedelbart relevant är ett faktum som utgör förutsättning för tillämpning af en rättssats, hvarpå det i rättegången kommer an. Indicier äro sådana fakta, hvilkas betydelse i rättegången allenast beror därpå, att man från dem kan sluta till ett omedelbart relevant faktum. Till indelningen i omedelbart relevanta fakta och indicier anknytes en indelning af beviset i direkt och indirekt. Det förra går ut på att skaffa visshet om ett omedelbart relevant faktum, det senare om ett indicium".⁷⁵

Som vi ser förutsätter den systematiska indelningen av beviset och bestämningen av bevisföremålet, att en omedelbart relevant omständighet inte samtidigt kan vara en medelbart relevant omständighet. Har en omständighet båda funktionerna faller indelningen i direkt och indirekt bevisning, eftersom man genom ett direkt bevis kan få kunskap om såväl ett bevis- som ett rättsfaktum, liksom den indirekta bevisningen kan ge kunskap även om ett rättsfaktum. Indiciernas betydelse blir då inte "allenast" att man från dem kan sluta till ett rättsfaktum; de kan själva utgöra ett rättsfaktum.

Tanken att det är möjligt att göra indelningen av beviset i direkt och indirekt bygger bl a på förutsättningen att vi i slutändan har *ett enda* rättsfaktum till vilket rättsföljden knyts. Har vi nämligen ett flertal rättsfakta, vilka i förening gör ett rekvisit tillämpligt, kommer ju dessa fakta att kunna stå i *relation* till varandra. Och då kan alltså ett rättsfaktum samtidigt vara ett bevisfaktum för ett eller flera andra rättsfakta. Har vi däremot endast ett rättsfaktum till vilket rättsföljden knyts kan givetvis inte sådana relationer uppstå. En relation förutsätter ju minst två fakta.

Beträffande begreppet bevisfaktum är definitionen vidare utförd så, att den hela tiden anknyter till ett rättsfaktum; ett subsumtionsfaktum, dvs ett faktum som antingen ensamt eller i förening med andra fakta gör en regel tillämplig. Mot denna definition kan man invända dels att vi, som förut påpekats, har att göra med rättstillämpning även om ingen rättsföljd (positiv) knyts till ett faktum och dels att det finns fakta av betydelse för själva rättstillämpningen, tolkningsfakta, vilka kan vara i behov av bevisning.⁷⁶ Ett teoretiskt skäl att tro på existensen av ett sådant faktum är rimligtvis också att betrakta som ett bevisfaktum.

Indelningen i direkt och indirekt bevis utgår vidare ifrån att vi från det direkta beviset omedelbart sluter till temat, medan vi vid indirekt bevisning sluter till rättsfaktum via ett annat faktum (indiciet). Denna

⁷⁵ Kallenberg II s 541.

⁷⁶ Angående tolkningsfakta, se också avsnitt 11.3.2 samt avsnitt 11.3.2.

uppdelning görs inte i modern doktrin. Anledningen härtill är att även det direkta beviset, t ex ett vittne som iakttagit ett rättsfaktum, gör flera slutledningar. Alla bevis kan på denna grund, dvs att de fordrar flera slutledningar, sägas vara indirekta.⁷⁷

Angående indelningen av bevisen och synen på bevisföremålet finns givetvis också ett samband med den legala bevisteorin, men härtill återkommer jag i den historiska översikten.

Som jag tidigare nämnt kan ibland abstrakt och konkret rättsfaktum förväxlas, och det är mycket möjligt att Kallenberg med omedelbart relevant faktum avser det abstrakta rättsfaktumet. Det är ju ovanligt att en rättsföljd är knuten till ett enda faktum. En sådan förväxling menar jag finns hos Ekelöf i Rättegång 1. Jag skall i det följande utveckla detta påstående. I motiven till rättegångsbalken skiljer man — liksom hos Kallenberg och på samma grunder — mellan omedelbart och medelbart relevanta omständigheter.⁷⁸ Ekelöf kallar i Rättegång I en omständighet av det förstnämnda slaget för rättsfaktum.⁷⁹ En medelbart relevant omständighet kallar han bevisfaktum.⁸⁰ När det nu gäller komplexa rekvisit är rättsföljden i regel knuten till flera fakta i förening. Någon rättsföljd är således inte knuten till dessa fakta var för sig. Då nu enligt Ekelöfs terminologi ett rättsfaktum definierats på så sätt, att en rättsföljd är anknuten till ett sådant faktum, utgör de konkreta rättsfakta som konstituerar rekvisitet inte rättsfakta om ingen rättsföljd är anknuten till dessa fakta var för sig. Vidare, eftersom Ekelöfs begreppspär är avhängiga av varandra, och ömsevis stöttar varandra, blir konsekvensen tydligen den, att vi inte kan ha att göra med ett bevisfaktum, om detta inte står i relation till en omständighet till vilken en rättsföljd anknutits. Således utgör de fakta, som har bevisvärde för de konkreta fakta vilka tillsammans konstituerar det komplexa rekvisitet, enligt denna terminologi inte bevisfakta.

Man bör alltså, för att inte skapa oklarhet och begreppsförvirring klart skilja mellan rekvisiten i en rättsregel, och de faktiska omständigheter som kan vara av betydelse för om regeln skall tillämpas eller ej.⁸¹ När rättsfaktum definieras som en omständighet, vartill en rättsföljd är anknuten, har man förmodligen haft det abstrakta rättsfaktumet,

⁷⁷ Zippelius s 85.

⁷⁸ Motiven s 194.

⁷⁹ Ekelöf: Rättegång I s 20 f.

⁸⁰ A st.

⁸¹ Till denna förväxlingsrisk återkommer jag på flera håll i framställningen se avsnitt 2.5 vid not 20, avsnitt 9.3 och avsnitt 11.2.

d v s hela försatsen i rättsregeln i åtanke. Sedan har man vid bestämning-
en av begreppet bevisfaktum relaterat detta till den abstrakta regeln i
stället för till de faktiska omständigheter som kan göra regeln tillämp-
lig. Därmed har inkongruenser uppkommit. Håller vi oss till verklig-
hetsplanet, där bevisningen rör sig och syftar till att fastställa fakta som
kan göra en regel tillämplig, är det inte lämpligt att definiera rätts- och
bevisfaktum på det angivna viset.

1.4 Om förhållandet mellan bevisvärdering och rättstill- lämpning

Det måste anses vara väsentligt att försöka lämna en helhetsbild av
vilken det framgår hur bevis- och rättstillämpningsfrågor förhåller sig
till varandra. Enligt min mening är det en nackdel att – vilket är för-
hållandet i svensk doktrin – framställningar i huvudsak handlar antingen
om bevis- eller rättstillämpningsfrågor och således inte om båda dessa
frågor.⁸² Detta hänger väl samman med att resp fråga hör till skilda
juridiska dicipliner; processrätt och allmän rättslära. Frågorna är emel-
lertid så intimt förbundna med varandra, att en ensidig inriktning på
endera bevisvärdering eller rättstillämpning ger en stympad bild av
rättsstrukturen, varvid helhetssynen går förlorad. Detta kan lätt leda
till tex att vad som egentligen hör till rättsfrågan hänförs till bevis-
bedömningen, vilket leder till en felaktig användning av bevisbördereg-
lerna, eller till att resning inte beviljas därför att en fråga felaktigt
hänförs till bevisbedömningen.⁸³ Detta är bara ett par exempel på vilka
misstag som kan ske om domstolen inte är uppmärksam på gräns-
dragningen ifråga.

Hur förhåller sig då norm och sakförhållande till varandra? Och hur
kan domaren antas gå tillväga när han tillämpar en regel? Antag att
domaren funderar på att tillämpa culparegeln i SkL 2:1. Utför han då
först en bevisvärdering – vilket givetvis förutsätter att fakta är stridiga
mellan parterna – och avgör vilka fakta som är med erforderlig styrka
bevisade, för att därefter bedöma om culparegeln eller eventuellt nå-
gon annan rättsregel är tillämplig på det fastställda sakförhållandet?
Eller preciserar han först regeln genom tolkning, varefter relevanta
delar av sakförhållandet kommer att bli till föremål för bevisning?

⁸² Många gånger tas också skillnaden mellan bevis- och rättsfrågor som självklar, se tex
Strömholm: Rättstillämpning s353.

⁸³ Se härom särskilt avsnitt 11.2.

Eller är det frågan om en slags växelverkan, vid vilken domaren ömsom tittar på regeln och ömsom på det möjliga sakförhållandet, för att därefter, genom denna växelverkan, precisera bevisemata och rättssats?

Det första alternativt kan vi direkt föra bort från diskussionen. Sakförhållandet kan givetvis inte fastställas med bortseende från om det finns någon regel som kan vara aktuell att tillämpa. Förfar domaren på detta sätt skulle bevisupptagningen många gånger sedan visa sig ha varit alldeles onödig, då det skulle framkomma att ingen regel är användbar på det fastställda sakförhållandet. En del regler av *beskrivande* karaktär har emellertid en hög precisionsgrad. Så är t ex fallet med flertalet regler i vägtrafiklagstiftningen. En regel som: "Den som kör mot rött ljus, skall dömas ...", har en sådan tydlighet att den i allmänhet inte behöver någon precisering. Domaren kan därför i de flesta fallen genast inrikta sig på att få sakförhållandet fastställt. Men givetvis måste han känna till att regeln finns innan han tar upp bevisning för att fastställa sakförhållandet.

Rättsregler är emellertid ofta mer obestämda och måste därför preciseras innan de kan användas. Andenæs säger att området för bevisbedömningen blir bestämt utifrån rättsliga synpunkter.⁸⁴ Har då inte sakförhållandet någon betydelse för vilken regel som kan bli aktuell att tillämpa? Ja, det möjliga sakförhållandet bestämmer vilken eller vilka regler som är tänkbara. Å ena sidan finns således ett möjligt sakförhållande i botten, vilket anger i vilken riktning som den tillämpliga rättsregeln bör sökas, å andra sidan avgör tolkningen av rättsregeln vilka delar av sakförhållandet som har rättslig relevans, eller om det överhuvudtaget har relevans. Detta har i litteraturen benämnts *växelverkan*.⁸⁵ Det bör kanske förtydligas, att sakförhållandet inte bara anger vilken eller vilka regler som är användbara, utan det påverkar också *inhållet* i den rättssats som till sist kommer till användning. Det är först när en regel av obestämd innebörd konfronteras med verkligheten som domaren får en konkret bild av vilket behov det finns att använda

⁸⁴ Andenæs i TfR 1943 s 289. Se också anförd litteratur i detta avsnitt under not 85 och 88 nedan.

⁸⁵ Följande beskrivning av Engisch: Logische s 15 är ofta citerad i detta sammanhang: "Für den Obersatz ist wesentlich, was auf den konkreten Fall Bezug hat, am konkreten Fall ist wesentlich, was auf den Obersatz Bezug hat. Sieht man aber näher zu, so handelt es sich nur um eine ständige Wechselwirkung, ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt, nicht dagegen um einen fehlerhaften Zirkel. Se även Schwinge s55 och Larenz s265.

rättsregeln och vilken närmare innebörd den bör ha. Det är sakförhållandet som gör regeln levande, ger den substans.⁸⁶

Av det ovan torde bl a ha framgått, att teorin om växelverkan inte är en i alla situationer giltig beskrivning av rättstillämpningens struktur. Teorin stämmer nog när rättsfrågan är svårbedömd, men däremot inte i de fall där regelns innebörd är klar. I de fallen preciseras inte den tillämpliga rättssatsen efter växelverkan, utan den har en så tydlig innebörd att domaren genast kan inrikta sig på att fastställa sakförhållandet. Påpekas bör, att inte endast klart beskrivande regler, som i det ovan anförda exemplet ur vägtrafiklagstiftningen, har denna effekt. Så kan vara fallet även vid tillämpningen av obestämda rättsregler, nämligen om deras betydelse stadgats i praxis.

De enkla reglerna är dock av mindre intresse. För att därför återknyta till det inledningsvis angivna culpafallet, kan vi anta att det görs gällande, att en bilist varit vårdslös vid påkörandet av en annan bil, eftersom han a) kört 80 km/tim, b) på en smal och slingrig väg, c) i mörker, d) i halt vinterväglag, e) utan dubbdäck, f) med skymd sikt. Domaren kanske preciserar culparegeln sålunda, att under det hypotetiska antagandet att omständigheterna a), b) och f) inträffat, så har bilföraren varit vårdslös.

Mot bakgrund av vad som sagts om växelverkansmekanismen, är det tydligt, att sakfrågan inte bör avse frågan *vilka* fakta (a,b,c etc) som skall läggas till grund för domen.⁸⁷ Av mekanismen ifråga framgår nämligen att man inte kan göra en *kategoriklyvning* mellan faktum och rätt. Om frågan ställs sålunda: Föreligger sådana fakta som gör normen tillämplig, talar vi visserligen ofta om sakfrågan, medan vi benämner spörsmålet som en rättsfråga ifall frågan i stället formuleras: Är normen tillämplig på föreliggande fakta? Det är emellertid *samma fråga* det gäller. Skillnaden är endast att utgångspunkten i det första fallet är sakförhållandet, medan startpunkten i det andra fallet är normen.⁸⁸

⁸⁶ Jfr Forssner s 65 som angående processkommissionens förslag, att HD endast skulle pröva rättsfrågor, säger: "Diskuterandet och fastställandet av sakförhållandena i målen är så vidt jag förstår en naturlig, bred och djup kanal från livet in i domstolen. Låtom oss för all del icke i onödan tappa till denna kanal." Jfr även avsnitt 11.3.2 och 11.3.4

⁸⁷ Jfr not 44 avsnitt 1.2. ovan. Se också not 88 nedan.

⁸⁸ Bierling s 29. Se också Motsch s 79: "Rechtsfindung und Bewiswürdigung fallen zusammen. 'Gerichtliche Tatsachenfeststellung' und 'Bejahung oder Verneinung des gesetzlichen Tatbestandes' lassen sich nicht sinnvoll voneinander absondern. Vad Motsch här uttrycker är att bevisemat sammanfaller med rättssatsen och inte att själva bevisvärderingen skulle vara identisk med val av rättssats. Se också McCormick s 95 som anser

En distinktion mellan sak- och rättsfråga kan således inte vila på denna grund.

I det ovanstående culpaexemplet ser vi hur regeln preciserats till fakta a), b), och f), vilka antas konstituera culpa. Dessa rättsfakta måste, för att culpa skall anses föreligga, med erforderlig styrka bevisas. De fakta, som har bevisvärde för ifrågavarande rättsfakta kallas, som tidigare framgått, för bevisfakta, och kan utgöras av tex vittnesutsagor. När domaren skall bedöma om rättsfakta är bevisade utför han en bevisvärdering. Denna är enligt RB 35:1 fri, vilket innebär att lagen inte, som vid legal bevisteori, reglerar vilka bevis som får förebibras och hur de skall värderas.

Bevisvärderingen anges, som inledningsvis nämnades, vara av kunskapsteoretisk natur,⁸⁹ varvid allmänna erfarenhetssatser och slutledningsregler kommer till användning. Rättstillämpningen sägs i motsats här till vara av *voluntiv* karaktär.⁹⁰ För att komma fram till slutsatsen att fakta a), b) och f) aktiverar culparegeln, krävs nämligen ett värderande – viljande – ställningstagande, där bl a lämplighets- och ändamålssynpunkter spelar in.

Den gjorda indelningen i kognitiv resp voluntiv är emellertid en aning vilseledande. Indelningen ifråga ger nämligen vid handen att rättstillämpningen skulle vara uteslutande eller nästan enbart av voluntiv karaktär. Man måste emellertid utgå ifrån att rätten, när den i mer komplicerade fall utfyller eller konstruerar rättsatser, det må sedan vara materiella rättsregler eller bevisbörderegler, i stor utsträckning använder sig av induktion och erfarenhetssatser. Det är ju tex en kunskapsfråga vilken effekt på samhällslivet en viss lösning av ett rättsligt

att det inte råder någon logisk skillnad mellan tolkning och klassifikation av en händelse; tex kan frågan om A hade bedrägeriuppsåt formuleras så att den avser spörsmålet om begreppet ifråga täcker A:s faktiska avsikter eller så att frågan ställs om A:s faktiska avsikter kan klassificeras så att de faller under begreppet bedrägeriuppsåt.

⁸⁹ Bevisvärdering har av Ekelöf: Rättegång IV s 8 beskrivits som den intellektuella verksamhet som försiggår under plädering och överläggning till dom. Bevisvärdering vid domstol förekommer emellertid under hela processens gång. För att tex rätten skall kunna ställa relevanta frågor till ett vittne måste rimligtvis utsagan värderas. Vidare måste ju, för att nämna ett annat exempel, rätten utföra en bevisvärdering för att kunna avgöra om viss bevisning skall avvisas som onödig enligt RB 35:7.

⁹⁰ Se Henke s 147: "Die rechtliche Würdigung ist primär von einem *volitiven*, auf die Ordnung eines Lebensverhältnisses gerichteten Interesse getragen, die Tatsachenfeststellung dagegen primär von einem *kognitiven* – wertungsfreien – Interesse an der Erkenntnis der Wirklichkeit." Motsvarande formuleringar finner vi hos Döhring s 1 och Heescher s 11. Jfr avsnitt 3.2 vid not 14.

problem kan tänkas ge, och erfarenhetssatser angivande vad som är brukligt kan läggas till grund för uppställandet eller preciseringen av en regel.⁹¹

En annan invändning mot indelningen är att det – vilket redan tidigare nämnts – inte är särskilt stor mening med att till sakfrågan hänföra blotta bevisvärderingen. Rätten skall ju fastställa fakta m h t ett beviskrav. I fastställandet kan därför ingå ett moment av rättstillämpning. Det voluntiva elementet i bevisvärderingen blir dessutom påtagligt om man, vilket jag föreslår i kap 7, rättsnormerar densamma.

Som redan framgått utgör inte omständigheterna a), b) och f) i exemplet ovan bevis för culpa. När frågan ställs varför inte dessa omständigheter utgör bevis för culpa kommer man in på svåra kunskapsteoretiska frågor, vilka inte kan behandlas utförligt inom ramen för denna framställning. Att så inte anses vara fallet hänger emellertid delvis samman med att bevisvärderingen fordrar temata som kan vara sanna eller falska. Och endast *analytiska* satser, t ex ”en ungkarl är ogift” samt *beskrivande* satser (empiriska satser), t ex ”det regnar”, anses vanligen kunna vara antingen sanna eller falska.⁹² Analytiska och beskrivande satser brukar sammanföras under den gemensamma beteckningen *teoretiska* satser.

Vid bevisvärderingen är det utsagor om verkligheten som värderas och dessa kan alltså vara sanna eller falska. ”Vårdslöshet” är däremot ett värdeuttryck, som enligt den nu återgivna uppfattningen inte tillskrivs sanningsvärde. I exemplet utgör sålunda omständigheterna a), b) och f) inte bevis för culpa, utan de utgör *själva vårdslösheten*,⁹³ vilket begrepp således *reducerats* till dessa fakta.⁹⁴

Att ordet bevis inte används i den ovan angivna förbindelsen hänger emellertid framför allt samman med att normer inte kan vara sanna eller falska.⁹⁵ Slutsatsen att domaren givet existensen av vissa fakta

⁹¹ Se härom också avsnitt 7.2.

⁹² Se härom Strömberg s 164 ff och Strömholm: Allmän rättslära s 30. En analytisk sats är en sådan sats vars sanning framgår enbart genom innebörden av däri ingående ord. För att avgöra sanningshalten hos en syntetisk (empirisk) utsaga måste vi så s titta efter i verkligheten för att se om den stämmer, se Nordenstam s 8 ff. Det bör dock påpekas att indelningen i syntetiska och analytiska utsagor är en aning omstridd, se t ex Quine; Två av empirismens dogmer s 279-301 (i Marc-Wogaus antologi *Filosofin genom tider*, 1900-talet).

⁹³ Jfr Ekelöf i SvJT 1948 s 207 och densamme i Rättegång IV s 9 not 5. Se emellertid Jareborg: Begrepp s 288 som menar att värdeutsagor kan vara sanna eller falska.

⁹⁴ Angående reduktionism, se vidare avsnitt 5.4.2, 10.2, 10.3.2 och 11.2.2.

⁹⁵ Rödig s 255 och Larenz s 233.

skall döma till en viss rättsföljd följer alltså inte av premisserna. När sålunda domaren säger, att eftersom fakta a), b) och f) föreligger, så skall bilföraren ersätta skadan, är slutsatsen inte sann beroende på att normer saknar sanningsvärde. Man kan därför inte i egentlig mening bevisa att någon är tex skadeståndsskyldig. Denna uppfattning, att man inte på ett bindande sätt kan sluta från vad som *är* till vad som *skall eller bör gälla* är av gammalt datum och torde än idag vara förhärskande.⁹⁶ Att observera här är att medan det tidigare förda resonemanget avsåg försatsen i rättsregeln och bevisemat (vårdslöshet), vi här har att göra med rättsföljden, dvs den sats som anger vad domaren skall göra under förutsättning att rekvisiten är uppfyllda. Beträffande rekvisiten har sagts att de – för att kunna omsättas till bevisemata – bör vara beskrivande. Om de sålunda uttrycker värderingar, som tex rekvisitet ”vårdslöshet”, erfordras en reduktion av dem till beskrivande satser, vilket i exemplet skedde genom en precisering, eventuellt efter växelverkan, mot fakta a), b) och f) i sakförhållandet, till vilka fakta rättsföljden sålunda knöts. Det bör här inskjutas att ett påstående att en handling är vårdslös och att skadeståndsskyldighet föreligger kan vara sann, såvida det rör sig om en beskrivning av innehållet i gällande rätt. Det rör sig emellertid i så fall inte om en *äkta* utan om en *oäkta rättsats*.⁹⁷

Jag vill här tillfoga en reflexion angående subsumtionen. Det är vanligt att man, som jag själv gjort, skiljer mellan rekvisit och rättsföljd, på så sätt att först bestäms om rekvisiten är uppfyllda, varefter rättsföljden automatiskt slås fast; den är ju betingad av de förutsättningar som finns angivna i rekvisiten.⁹⁸ Det är emellertid mycket troligt att

⁹⁶ Denna tanke, att man inte kan härleda en böra-sats från en vara-sats kallas ”Humes lag”, se Jareborg: Värderingar s 124 och utgjorde en väsentlig beståndsdel i Uppsalaskolans sk värdenihilism; se Hägerström i TfR 1931 s 50 och Olivecrona: Rätt och dom s 129. Även om Uppsalaskolans idéer numera inte lever kvar med samma styrka kan inte samma sak sägas om Humes lag; den omfattas fortfarande – vågar jag påstå – av flertalet. Se tex Aarnio: Kan ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt – i Uppsalaskolan och efteråt s 143 ff, vilken, liksom Peczenik: Juridisk operationism – huvudpunkter s 135 ff (samma bok) besvarar frågan nekande. Så också Ross: Directives and Norms s 102. En speciell logik för böra-satser har emellertid sedermera kommit att utvecklas. Se härom von Wright: Deontisk logik i antologin Filosofin genom tiderna, 1900-talet s 347-32. Se också samlingsvolymen Deontic logic: Introductory and Systematic Readings, utgiven av R. Hilpinen.

⁹⁷ Se Hedenius s 59 ff.

⁹⁸ Engisch: Einführung s 41. Denne påpekar emellertid att rättsföljden inte alltid är fullständigt bestämd i rättsregeln. Ytterligare bestämmingar kan alltså erfordras.

denna beskrivning av tillvägagångssättet vid rättstillämpningen är missvisande, i vart fall som en generell beskrivning. Vid ett teleologiskt resonemang är det ju rättsföljden och de konsekvenser som denna har, som bestämmer om regeln skall användas. Enligt ett teleologiskt resonemang, där man således går från rättsföljd till rättsfaktum, får man säga: Han bör ersätta skadan – alltså är handlingen vårdslös. Går man däremot på det traditionella sättet från rättsfaktum till rättsföljd blir resonemanget: Handlingen är vårdslös – alltså bör skadan ersättas. Det senare resonemanget är inriktat på en tolkning och precisering av förutsättningarna, dvs rekvisiten, för rättsföljdens inträde, det förra blickar på rättsföljden och är konsekvensinriktat. Den nu angivna skillnaden blir särskilt tydlig om man ställer den teleologiska metoden mot en strikt bokstavstolkning. Enligt det sistnämnda tillvägagångssättet kommer ju inte alls konsekvenserna av regelns tillämpning att beaktas vid konstitueringen av rekvisitet, varvid frågan om rättsföljd troligtvis kommer att avgränsas som en särskild rättsfråga. Förmodligen rör det sig emellertid även på detta plan om en växelverkan, som dock får antas vara av större eller mindre omfattning beroende på metod. Det vill säga, domaren blickar både på rekvisitens innebörd enligt en teoretisk tolkning och konsekvenserna av regelns användning på det föreliggande fallet, innan han slutligen bestämmer sig för om rättsföljden skall inträda eller ej.

1.5 Sakfrågor utanför bevisskyldigheten

1.5.1. Inledning

Av vad som tidigare anförts har framgått, att part är bevisskyldig för de fakta som är förenade med en rättsföljd. Part är m a o skyldig att bevisa de rättsfakta som aktiverar rekvisiten. Vid bedömningen av om dessa fakta inträffat sker en bevisvärdering. Sannolikhetsbedömningar förekommer emellertid också på andra plan i rättssystemet. Lagstiftaren gör sannolikhetsbedömningar. De har även betydelse vid bedömandet av rättsföljdsfrågor samt aktualiseras också vid lagtolkning. Jag skall kommentera detta något, varvid samtidigt de fakta för vilka part är resp inte är bevisskyldig kommer att avgränsas.

1.5.2 Lagstiftning – en bevisfråga? Bevisproblem kan undanröjas vid rättstillämpningen. Rättsföljdsfrågor.

Om vi börjar med lagstiftningen, så finns det knappast någon lag som inte aktualiserar sannolikhetsbedömningar. När tex en ny lag föreslås, har lagstiftaren att ta hänsyn till det befintliga regelsystemet. Verkan av en lag kan bero på verkan av en annan lag. Existensen av den andra lagen kan då betraktas som bevis för att den föreslagna lagen kommer att fungera.

En lag förväntas ha vissa effekter. Om det är önskvärt med en lag som har vissa effekter är inte en kunskapsfråga utan en värderingsfråga. Om däremot de avsedda effekterna kommer att uppnås medelst lagen är en fråga som aktualiserar sannolikhetsbedömningar. Något beviskrav gäller dock inte för regering och riksdag. De behöver inte "styrka" att en lag kommer att leda till ett visst resultat. Lauridsen säger att den existerande rättsordningen är ett argument för sitt eget bestånd såtillvida att den som vill argumentera för ändringar i det bestående måste lyfta en bevisbörda som tills vidare inte åligger anhängarna av gällande rätt. "Man ved hvad man har, men ikke hvad man får."⁹⁹

Införandet av en del lagar blir föremål för livlig politisk debatt. Som exempel kan nämnas den debatt som föregick införandet av lagen om löntagarfonder. När det gäller att bedöma effekten av införandet av en kontroversiell lag, som lagen om löntagarfonder, är det först och främst så, att lagen kommer att få en viss verkan. Dess efterlevnad kontrolleras och garanteras av vissa sanktioner. När det gäller frågan om lagens verkningar på samhällslivet är positiva eller negativa, menar anhängarna av lagen att den kommer att få vissa verkningar som är positiva. Antagandet att dessa effekter kommer att inträffa vilar på en sannolikhetsbedömning. Uppfattningen att de verkningar, som antas kommer att inträffa, är positiva, grundar sig på ideologiska värderingar. Motståndarna till lagen kan mena att det inte är sannolikt att de antagna verkningarna på samhällslivet kommer att inträffa, eller väl att det är sannolikt att de kommer att inträda, men att de inte är gynnsamma för samhället, utan tvärtom skadliga. Uppfattningen att verkningarna är skadliga vilar inte på en sannolikhetsbedömning, utan beror på en motsatt ideologisk övertygelse.

Man kan inte bilägga tvisten mellan anhängare och motståndare till löntagarfonder genom att hänvisa till sannolikhetskalkyler. Den grundläggande frågan i det valda exemplet är om lagen är nyttig för sam-

⁹⁹ Lauridsen s 371.

hållet, vilket är en ideologisk fråga. Detta innebär att även om motståndarna till lagen accepterar att den – sannolikt – kommer att få de angivna effekterna på samhällslivet, de ändå inte kommer att kunna acceptera lagen, eftersom den strider mot deras politiska övertygelse. På grund av denna sin övertygelse kan de förmodligen även komma att förneka att lagen kommer att få en viss verkan, helt enkelt därför att de ogillar lagen. På motsvarande sätt kan anhängarna av lagen vara oemottagliga för argument som tyder på att lagen sannolikt inte kommer att få avsedda effekter, helt enkelt därför att de ideologiskt *förbundet* sig att gilla lagen.¹

För att nu anknyta till Lauridsens uttalande, kan man pga det anförda hävda, att det inte är träffande att tala om lyftandet av en bevisbörda, i vart fall inte beträffande politiskt kontroversiella lagar. Med termerna bevisa och bevisbörda förknippas, åtminstone i processuella sammanhang, teoretiska skäl att tro på vissa påståenden och sådana skäl pekar endast åt två riktningar; sant eller inte sant.² Men tydligen kan det finnas bevis som gör att en viss verkan av en lag är sannolik, men om jag av ideologiska skäl inte accepterar lagens verkningar spelar det inte någon roll för mig om de som vill införa lagen lyft sin bevisbörda såvitt gäller existensen av de teoretiska skälen och deras bevisvärde. Det verkar således missvisande att tala om lyftandet av en bevisbörda i ett sådant sammanhang som detta. Min övertygelse i ideologiskt hänseende kan knappast rubbas av skäl med denna beskaffenhet.

Även vid avskaffandet av lagar uppkommer ibland bevisfrågor. Det har föreslagits att incest skall avkriminaliseras.³ Om man skall ta ställning till ett sådant förslag ställer man sig i huvudsak följande frågor: Är incest skadligt ur genetisk synpunkt? Om syskon får barn tillsammans, hur stora är då riskerna för att barnet skall vara missbildat pga att föräldrarna är syskon? Detta är kunskapsfråga som man kan få någorlunda tillförlitliga uppgifter om. Antag att riskerna är obefintliga. I så fall kan risk för skada på avkomman inte anföras som skäl mot

¹ Jfr Trigg s 24, 119 och 138. På sid 138 säger han ... "One's commitment determines what is a reason, and one cannot give reasons for the commitment. Beliefs about what is the case can form no basis for this kind of commitment, since the commitment itself determines what is to count as a fact, or as 'reality'. Any decision to join or opt of a system or form of life must be outside the scope of reason." Trigg beskriver här den sk begreppslika relativismen, vilken han själv ställer sig skeptisk mot. Angående relativism se också avsnitt 3.5, 5.4.2 och 11.2.2.

² Se angående detta, avsnitt 3.4.

³ SOU 1976:9 s 110.

att avkriminalisera incest. Nästa fråga kan bli: Kommer incestförhållandena att öka om incest avkriminaliseras? Detta är också en kunskapsfråga, men den är mycket svårare att besvara än den förstnämnda. Vi kan förmodligen endast säga att det inte är troligt att en ökning kommer att ske annat än i mycket liten utsträckning. Nästa fråga bör bli: Spelar det någon roll om incestförhållandena ökar? Ja, det beror väl på vilka konsekvenser en sådan ökning för med sig och hur dessa konsekvenser värderas. För vissa spelar det ingen roll om incestförhållandena ökar, medan det för andra framstår som så omoraliskt med incestförhållanden, att det inte spelar någon roll för dem om man kan påvisa att risken för genetiska skador är obefintlig och att det är högst sannolikt att ökningen av antalet incestförhållanden kommer att bli ytterst marginell. Den som å andra sidan säger att incest kan avkriminaliseras därför att faran för genetiska skador är liten, har tagit fasta på ett teoretiskt skäl, men att han är mottaglig för detta skäl beror förmodligen på att han har en annan livssyn än den som åberopar moralen. Inte heller i detta fall kan man således med teoretiska skäl komma särskilt långt.

När lagstiftaren skriver en lag måste han givetvis ta hänsyn till bevismöjligheterna för de förutsättningar han ställer upp i regeln.⁴ Skall regeln få någon genomslagskraft får inte rekvisiten vara svårbevisade, i vart fall inte om beviskravet samtidigt är högt. Det är vidare trivialt att påpeka att rekvisiten måste vara bevisbara. Det vore tex meningslöst att skriva en lag som sade att den som fått en kroppsskada av ett visst läkemedel har rätt till skadestånd, om han kan styrka orsakssamband mellan intagandet av medicinen och kroppsskadan, såvida ett sådant samband enligt vetenskapens nuvarande metoder inte är möjligt att påvisa. Problemet har varit uppe i samband med p-pillermålen i vilka det inte anses möjligt att styrka orsakssamband. En följd härav är bla att rättshjälp normalt inte beviljas i denna slags mål, eftersom

⁴ Många regler är dikterade framför allt av bevishänsynen. Några exempel kan nämnas. I BrB 33:1 stadgas att straffbarhet inträder vid 15 års ålder och i BrB 6:3 framgår att den som har könsligt umgänge med barn under 15 år kan dömas för otukt med barn. Tanken bakom dessa åldersgränser är väl den, att den som inte uppnått 15 års ålder inte är tillräckligt mogen, vare sig för straffbarhet eller sexuellt umgänge. Människor utvecklas emellertid olika fort. En 13-åring kan stå på en 16-åringens nivå och omvänt. Skulle emellertid mogenheten hos varje enskild individ utredas skulle bevisproblemen bli outhärdliga. För att nämna ytterligare ett exempel så torde de gamla legala bevisreglerna ha medverkat till uppställandet av kraven på tradition för sakrättsligt skydd, se härom Göranson s313 ff.

de på förhand kan klassas om utsiktslösa.

I vissa fall kan bevisproblem undanröjas vid rättstillämpningen genom att den tillämpliga regeln ges en sådan precisering att bevisproblem bortfaller eller underlättas. I det tidigare anförda culpaexemplet kan vi tex tänka oss att faktum f) inte kan bevisas. Det kan då vara möjligt för domaren att i stället välja ut ett annat faktum i händelseförloppet som tillsammans med de övriga konstituerar culpa. Det var ju inte från början sagt att de först angivna omständigheterna var *nödvändiga* för att skadeståndsskyldighet skulle anses föreligga.⁵

Även när det gäller rättsföljden aktualiseras sannolikhetsbedömningar. Vid tex val av påföljd för brott kan det ha betydelse om den tilltalade är på väg att återanpassas i samhället. Den prognos som uppställs i detta avseende bygger på en sannolikhetsuppskattning. Ifall tex valet mellan påföljder i ett visst fall skulle stå mellan fängelse och skyddstillsyn, kan prognosen få betydelse för val av påföljd. Såvitt jag vet, är det inte uttalat att något beviskrav skulle gälla här.⁶ Det behöver inte göras "uppenbart" – vilket beviskrav gäller beträffande den brottsliga gärningen – att anpassning är på väg. För övrigt kan man fråga sig vem som i så fall skulle bära bevisbördan för att prognosen är så god eller så dålig. Det kan ju knappast vara åklagaren som ju inte alls behöver uttala sig i påföljdsfrågan.

Men även fängelse kan som sagt komma ifråga.⁷ Är brottet grovt brukar hänvisas till allmänpreventionen. Tanken på allmänprevention grundar sig på tron att fängelsestraff har en avskräckande effekt. Såvitt jag vet har hittills ingen lyckats "styrka" att fängelse avskräcker,

⁵ I NJA 1977 s 18 samt NJA 1980 s 44 ompreciserar minoriteten en rättssats, förmodligen pga att beviskravet är högt och bevissvårigheterna betydande. Båda fallen rör dödförklaring enligt RB 25:1. Enligt denna regel får ansökan om dödförklaring ske redan efter 3 år om den bortovarande befann sig i livsfara då han veterligen senast befann sig i livet. I de båda rättsfallen ansåg minoriteten att det med hänsyn till omständigheterna kunde hållas för visst att det inträffat *en händelse* som medfört att den bortovarande råkat i livsfara och att ansökan om dödförklaring därför borde bifallas. Detta är lättare att bevisa än – vilket regeln föreskriver – att den bortovarande faktiskt befann sig i livsfara senast han veterligen var i livet. Detta tema kan i regel endast bevisas genom att någon sett den bortovarande i den livsfarliga situationen.

⁶ I BrB 28:1 st 3 finns termen "synnerliga skäl". Sådana skäl krävs för påföljden skyddstillsyn om det lindrigaste straff som är stadgat för brottet är fängelse i ett år eller därtöver. Termen "synnerliga" skäl hänvisar emellertid inte till ett beviskrav, utan till skäl av rättspolitisk, humanitär eller social karaktär. Angående sannolikhetsskalan, se avsnitt 9.2. Såvitt gäller villkorlig dom finns emellertid beviskravet "anledning antaga".

⁷ Här återfinner vi termen "synnerliga skäl" i BrB 26:4.

eller ens att det är "antagligt" att så är fallet. Skulle blott ett måttligt beviskrav ställas här skulle fängelserna få tömmas.

1.5.3 Lagtolkning

Bevisfrågor kan uppkomma även vid lagtolkning. Jag anknyter till följande exempel:

En person färdas med tåg. Efter avstigningen från tåget kommer resenären ihåg att han kvarglömt en persedel på tåget. Han stiger därför ombord på tåget för att hämta den kvarglömda saken. När han skall stiga av igen sätter sig tåget i rörelse. Personens fot kläms då mellan tågsättet och perrongen. Foten skadas så allvarligt att den senare måste amputeras.⁸

Nu finns det en lag (1976:58) om järnvägs ansvarighet vid befordran av *resande*. Frågan uppkommer nu om personen i exemplet kan betraktas som "resande". För att avgöra detta måste domstolen tolka begreppet ifråga. De vanligaste tolkningsmetoderna är den objektiva, subjektiva och den teleologiska metoden och jag begränsar mig här till dessa metoder.⁹

Om domstolen använder sig av den objektiva metoden skall den försöka att bestämma vad som menas med "resande" enligt allmänt eller juridiskt språkbruk. Vid denna tolkningsoperation kan domaren använda lexikon, uppslagsböcker och sina egna kunskaper om språkbruket. Bestämmandet av det allmänna språkbruket är en sakfråga.¹⁰

Ifall domstolen använder den subjektiva metoden skall den försöka utreda vad lagstiftaren åsyftat med begreppet "resande". Vid denna tolkningsmetod kan domaren titta i förarbetena till lagen för att där se om lagstiftarens vilja kommit till uttryck. Har en sådan förklaring lämnats är det bevisat vad lagstiftaren velat. Även finnandet av lagstiftarviljan kan således höra till sakfrågan.¹¹

I många fall finns emellertid inte lagstiftarviljan entydigt uttryckt på det ovan angivna sättet och då talas ibland om att man skall leta efter denna vilja. Vissa fragment på olika håll i förarbetena, samband med

⁸ Se NJA 1981 s 412.

⁹ Angående dessa metoder, se tex Strömholm: Rättstillämpning s 403 ff och 428 ff och Ahlander s 128 ff.

¹⁰ Se Ekelöf: Teknik s 19. Jfr densamme i En essay s 7. Ekelöf använder emellertid i dessa framställningar inte termen "sakfråga" utan beteckningarna "teoretisk verksamhet" resp "bevisvärdering". Av samma uppfattning Rödig s 279 ff.

¹¹ Ekelöf: Teknik s 20 och Rödig s 279 ff särskilt s 288.

annan lagstiftning, lagens placering i förhållande till andra regler i samma lag etc, kan då uppfattas som bevis för att lagstiftaren haft en viss vilja. Letandet efter lagstiftarviljan på detta vis synes utgå ifrån att det finns en *entydig* sådan vilja av konkret beskaffenhet som kan ådagaläggas genom skarpsinniga analyser. Synsättet har med fog kritiserats bl a på den grunden att lagstiftaren inte är en person utan flera, vilka kan ha haft olika viljor.¹²

Slutligen har vi så den teleologiska metoden. Denna metod går ut på att domstolen försöker fastställa innebörden av begreppet ”resande” m h t lagens ändamål. Enligt Ekelöfs utläggningar skall domaren i så fall först undersöka de klara fallen, dvs de fall som utan tvekan faller under lagens tillämpningsområde. Syftet med en sådan undersökning är att klarlägga vilka konsekvenser lagen har i olika hänseenden. Dessa konsekvenser visar vilket ändamål lagen har.¹³ Det finns många svårigheter med denna metod. Först och främst är det inte alltid lätt att hitta typfallen.¹⁴ För det andra saknas i regel tillgång till empiriskt material som kan visa vilka konsekvenser lagen faktiskt har.¹⁵ Och för det tredje har i regel en lag flera konsekvenser.¹⁶ Vilken av dessa konsekvenser som skall anses visa lagens huvudändamål blir därför i slutändan en fråga som avgörs skönsmässigt av domaren.¹⁷

Det finns, som framgått, bevisfrågor invävda i samtliga nämnda tolkningsmetoder. Mest framträdande är de i den objektiva och den subjektiva metoden. Påståenden om innebörden av det allmänna språkbruket kan verifieras av fakta angående innebörden av detta språkbruk. Lagstiftarens vilja kan vara ett faktum som framgår av förarbetena till lagen. Vilka konsekvenser en viss tillämpning får bygger på en sannolikhetsuppskattning.¹⁸ Antag nu, att domaren inte kan utreda innebörden

¹² Ahlander s 132.

¹³ Angående den teleologiska metoden, se Ekelöf: Teknik s 24 ff och densamme i Rättegång I s 60 och En essay s 42 ff. Se också Ahlander s 134 ff och Strömholm: Rättstillämpning s 397 ff.

¹⁴ Se Ekelöf: Rättegång I s 60 och densamme i En essay s 45.

¹⁵ Aubert s 58.

¹⁶ Strömholm: Rättstillämpning s 433.

¹⁷ Jfr Aubert s 58.

¹⁸ Enligt Ekelöf: Teknik s 21 är det endast den teleologiska metoden som förutsätter värderingar från domarens sida, jfr Ahlander s 135 som beträffande subjektiv och objektiv tolkning talar om teoretisk tolkning, medan uttrycket värderande tolkning används beträffande den teleologiska metoden. Om emellertid rätten enligt ett teleologiskt resonemang konstruerar en rättssats skall den tillse att rättsföljden verkar i samma riktning som de fall, vilka helt klart faller under regeln ifråga (typfallen). Härvid blir rätten tvungen

av det allmänna språkbruket, eller att han inte kan finna lagstiftarens vilja, eller att ändamålet med lagen inte kan utletas. Skall då detta misslyckande få gå ut över parterna genom att domaren använder en bevisbörderegler och säger att ena parten får bära risken för att vissa tolkningsfakta inte har kunnat fastställas? Nej, parts bevisskyldighet gäller inte fakta som har betydelse för klarläggandet av lagens innebörd.¹⁹ Enligt principen *iura novit curia* åligger det domstolen, att sedan fakta i ett händelseförlopp klarlagts, tillämpa lagen på detta händelseförlopp.²⁰

I vid mening är det, som ovan nämnts, en rättsfråga vilken tolkningsmetod som skall användas. Valet av tolkningsmetod avgör vilka fakta i ett händelseförlopp som skall anses vara rättsligt relevanta. Om tex en domare tolkar begreppet "resande" enligt den objektiva metoden, och en annan domare begreppet enligt den teleologiska metoden, kommer de säkert att i det händelseförlopp som påstås ha inträffat, finna olika fakta som de anser relevanta, och i den mån de anser samma fakta relevanta kommer de förmodligen, på grund av skillnaden i utgångspunkt, inte att tillmäta fakta samma vikt.²¹

Om en regel preciseras med användandet av den objektiva metoden, skulle kunna hävdas att urvalet av relevanta fakta inte är en rättsfråga utan en sakfråga, eftersom urvalet sker efter en objektiv metod. Vidare skulle i så fall kunna hävdas att själva subsumtionen i så fall också hör till sakfrågan då det ju rör sig om en objektiv klassificering. Då skall emellertid uppmärksammas, att valet av tolkningsmetod är en rättsfråga i vid mening. Härefter skulle det emellertid i och för sig kunna anses vara en sakfråga hur subsumtionen bör ske. Den nu gjorda invändningen kan synas ha fog för sig. Det är därför viktigt att slå fast att subsumtion av fakta under rättsbegrepp alltid hör till rättsfrågan.²² Oavsett vilken lagtolkningsmetod som används kommer en

att hypotetiskt pröva vilken effekt på samhällslivet som rättsföljden kan antas ge, givet att föreliggande fakta läggs till grund för domen. En sådan prövning aktualiserar en rad olika sannolikhetsbedömningar, jfr avsnitt 7.2. Vidare är att märka att val av tolkningsmetod är en värderingsfråga och att tolkningsfakta också kräver bevisning, vilket innebär att rätten måste ta ställning till beviskravet för ifrågasvarande fakta. Och detta är en normativ fråga.

¹⁹ Se t ex Eckhoff s 9: "Bevisbyrderegler blir det ikke snakk om her."

²⁰ Angående principen *iura novit curia*, se också avsnitt 11.3.2 och 11.3.3.

²¹ Jfr avsnitt 7.5.

²² Engisch: Logische s 95 och Scheurle s 7. Se härom utförligt avsnitt 10.2 och 10.3.2. Jag vill emellertid påpeka att det finns andra uppfattningar. Se avsnitt 10.3.3.

regel vid rättstillämpningen att preciseras mot konkreta fakta vilka subsumeras under rättssatsen. Om det är möjligt att dra en gräns mellan fastställandet av fakta och subsumtion beror – enligt det logiskt-begreppsliga kriteriet – på om en regel kan preciseras i riktning mot exakta begrepp. Gränsdragningsproblematiken är, åtminstone enligt detta kriterium, av precis samma beskaffenhet oavsett vilken lagtolkningsmetod som används.

1.6 Om betydelsen av gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga.

Principen *iura novit curia* (rätten känner lagen) bygger på att det kan göras en åtskillnad mellan fastställandet av fakta och den rättsliga värderingen av dessa fakta. Grundsatsen sätts i allmänhet i relation till *förhandlingsprincipen* och innebär då att det är parterna som sörjer för att fakta blir fastställda i processen, medan det är rätten som avgör vilken regel som skall tillämpas på fastställda fakta.²³ Parterna kan visserligen argumentera för en viss rättslig lösning, men rätten är inte bunden av vad parterna uttalar i rättsfrågan.²⁴ Rätten kan nog t o m, mot parternas samstämmiga viljeförklaring att en viss regel bör tillämpas, lämna denna viljeförklaring utan avseende och döma enligt en regel som överhuvudtaget inte varit på tal under processens gång.²⁵

I tysk rätt har – genom en lagändring – principen kommit att ställas i samband även med *materiell processledning*. Denna lagändring innebär att rätten inte får använda en rättsregel som parterna ej haft tillfälle att uttala sig om. Detta betyder inte att rätten är bunden av parternas val av rättsregel, men har rätten försummat att upplysa dem om den

²³ Se Larenz s 294, Meier s 3 och Würthwein s 15. Jfr RB 35:6: "Det ankommer på parterna att sörja för bevisningen".

²⁴ I RB 45:4 p 3 stadgas att åklagaren skall ange det eller de lagrum som han finner tillämpligt. Av denna regel kan man få den uppfattningen att rätten i brottmål är bunden av den rättsliga kvalificering som åklagaren gjort. Av RB 30:3 framgår emellertid att någon sådan bundenhet inte föreligger.

²⁵ Ekelöf: Rättegång IV s 195 anser emellertid att rätten inte bör tillämpa en regel som ingen av parterna åberopat, utan att de beretts tillfälle att uttala sig om regelns tillämplighet. Jfr följande not.

rättsregel som sedan används, har den gjort ett fel.²⁶

Även om principen *iura novit curia* kan synas ge rätten exklusiv rättslig kompetens, är detta i betydande mån en skenbild. Detta gäller särskilt de dispositiva målen. Trots att parterna i dessa mål inte kan – sedan fakta lagts på rättens bord – tvinga rätten att hänföra dessa under en viss regel, erbjuder vissa processuella regler parterna möjlighet att *styra avgörandet* till en viss regel²⁷ eller att rent av påtvinga rätten en felaktig rättslig kvalificering. Enligt Boman kan således ett *medgivande* av part att skadeståndsskyldighet föreligger eller ett *vitsordande* av att ett avtal avser köp i stället för saklega vara bindande för rätten även om återopade fakta uppenbarligen inte konstituerar skadeståndsskyldighet eller köp enligt gällande rätt.²⁸ Grunden till denna inställning är att domstolen vore tvingad att godkänna en förlikning med detta innehåll, varför det vore omotiverat om ett annat läge skulle råda i rättegång.²⁹ Principen *iura novit curia* blir på detta vis kraftigt inskränkt.³⁰

Nämnas kan här att omfattningen av principen *iura novit curia* varit föremål för diskussion i anslutning till rättsfallet NJA 1957 s 688. Målet gällde skadestånd mot en fastighetsägare för att denne inte sandat utanför sin fastighet med påföljd att en person halkat och brutit benet. Till stöd för yrkandet om skadeståndsskyldighet återopade fotgängaren bestämmelser om sandningsskyldighet i den lokala ordningsstadgan. I målet uppstod frågan om denna stadga gällde för färdvägen ifråga. Avgörande härför var om denna blivit ”i enlighet med gällande stadsplan iordningställd och upplåten till gata”. HD ansåg att detta var ett rättsfaktum som måste återopas. Ekelöf: Rättegång II s 122 not 68 c anser emellertid att vi här har att göra med ett *rättstillämpningsfaktum*, m a o ett faktum som visar att en

²⁶ Se härom Blomeyer s 113 ff och Peters: Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess s 106 ff. Man kan ställa ifråga om inte en motsvarande skyldighet för rätten kan inläsas i RB 43:4 – som reglerar materiell processledning. Rätten kan nämligen inte anses ha tillsett en ”uttömmande behandling” av målet om den försummat att göra parterna uppmärksamma på den regel som sedan tillämpats. Görs nämligen parterna uppmärksamma på en regel kan man räkna med att en rättslig argumentation uppkommer, varvid skäl och fakta – som i annat fall inte skulle framkomma – kommer att beaktas.

²⁷ Se Würthwein s 24 och Meier s 87.

²⁸ Boman s 53 f.

²⁹ Boman gör dock en reservation för det fall att det föreligger en avsevärd grad av sannolikhet att parterna kolluderar på tredje mans bekostnad. Olivecrona: Rätt och dom s 194 menar att grunden bör vara plausibel; varken uppenbart oriktig eller orimlig som underlag för domen.

³⁰ Boman s 59.

viss regel gäller. Nu kan emellertid den ifrågavarande färdvägen ha upplåtits till gata endast under den förutsättningen att det finns en regel i den lokala ordningsstadgan som föreskriver detta. Och ifall en sådan regel finns så anger den hur det förhåller sig med *just den i målet aktuella färdvägen*. Man kan således rimligtvis inte, vilket Ekelöf gör, särskilja frågan om den aktuella färdvägen upplåtits till gata från frågan om tillämpligheten av ordningsstadgan, beroende på att ordningsstadgan innehåller föreskrifter om hur det förhåller sig med den aktuella färdvägen. Ekelöf skiljer här, liksom HD, mellan *allmän regel* och *konkret faktum*, vilket inte är möjligt – i det aktuella avseendet – när en regel uttryckligen reglerar vad som gäller ett i verkligheten specificerat och noga angivet objekt. Olivecrona: Rätt och dom s 219 har därför enligt min mening alldeles rätt när han hävdar att HD borde tillämpat principen *iura novit curia* i detta fall. För övrigt borde Ekelöf och Olivecrona i slutändan komma till samma resultat, eftersom rätten bör beakta s k rättstillämpningsfakta *ex officio*.

Jag kommer inte att behandla principen *iura novit curia* mer ingående förrän senare i framställningen.³¹ Det skall emellertid redan här framhållas att ifall det inte är möjligt att dra en skarp gräns mellan fastställandet av fakta och subsumtion av fakta under rättsbegrepp, det följaktligen inte heller går att dra en skarp gräns mellan rättens och parternas kompetens.³²

Gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga har också betydelse vid tillämpningen av den tvistemålsrättsliga omröstningsregeln i RB 16:2 st 2 p 3. Där sägs att är beträffande samma käromål fråga om flera omständigheter, som var för sig är av omedelbar betydelse för utgången, så ska de uppställas till särskild omröstning, om sakens beskaffenhet påkallar det. Enligt uttalanden som gjorts angående innebörden i denna regel skall sak- och rättsfråga tillsammans uppställas till särskild omröstning. Man får således inte rösta särskilt om endera sak- eller rättsfråga.³³

Gränsen mellan sak- eller rättsfråga har även betydelse vid tillämpningen av RB 13:2 som reglerar fastställelsestalan. En sådan talan måste avse ett rättsförhållande. Fastställelsestalan angående enbart existensen av faktiska omständigheter anses ej tillåten.³⁴ I sådana fall kan finnas

³¹ Se avsnitt 11.3.2 och därefter följande avsnitt.

³² Om t ex ett vittne säger "de slöt avtal med varandra", bör vittnet ombedas att precisera och noggrant återge vad parterna faktiskt yttrade till varandra. Om en sådan precisering inte sker är det vittnet och inte domstolen som utför subsumtionen, varvid principen *iura novit curia* inte kommer till användning, se Schlyter s 7. Jfr avsnitt 3.2.

³³ Omröstning enligt RB 16:2 st 2 p 3 behandlas i avsnitt 12.2.

³⁴ Fastställelsestalan behandlas i avsnitt 12.3.

möjlighet till bevisupptagning enligt reglerna i RB kap 41. Gränsdragningen har även betydelse vid tillämpningen av UB 4:20 och HL § 8 st 2. Enligt den förstnämnda paragrafen skall kronofogdemyndigheten ge tredje man stämningsföreläggande om han påstått bättre rätt till utmätt egendom. I propositionen sägs att föreläggande som regel bör meddelas endast på grund av att saksammanhanget är oklart och inte därför att den rättsliga bedömningen kan vara föremål för delade meningar.³⁵ Beträffande den nämnda regeln i handräckningslagen sägs att ansökan om handräckning inte får bifallas om svaranden visar sannolika skäl för sin invändning eller sökandens rätt annars framstår som "oklar". Enligt uttalande av dep ch åsyftar uttrycket "oklar" de faktiska omständigheterna. Att själva rättsfrågan är "oklar" utgör enligt dep ch inte i och för sig anledning att lämna ansökningen utan bifall.³⁶

Gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga har också betydelse för tillämpningen av tilltrosparaferna (RB 50:21 och 50:23). Tilltron skall ju gälla bevisen för en viss omständighet. Följaktligen krävs att man gör klart för sig vad som utgör bevis- resp rättsfaktum, vilken bestämning är avhängig gränsdragningen mellan faktiska och rättsliga frågor. Även för tillämpningen av reglerna om erkännande (RB 35:3) och medgivande (RB 42:18) är gränsdragningen av betydelse. Ett erkännande skall avse fakta, medan medgivandet tar sikte på den yrkade rättsföljden. För sorteringen under rätt kategori fordras tydligen att man kan dra en gräns mellan jus och faktum.³⁷ Att skilja mellan sak- och rättsfråga är också väsentligt för en riktig användning av bevisbördereglerna.³⁸ Dessa skall ju användas för att fastställa fakta och inte på rättstillämpningsplanet. De gränsdragningar som här aktualiseras rör sig emellertid också på andra nivåer, vilka delvis sammanhänger med varandra. Till att börja med innebär inte principen om fri bevisprövning, enligt den mening som torde vara förhärskande, att även placerandet av bevisbördan och bestämningen av beviskravet får ske fritt. Frågan om vem som skall bära bevisbördan och hur starkt bevisning som krävs hålls – som tidigare nämnts – tydligt isär från bevisvärderingen. De förra frågorna hör till rättsfrågan och den senare till sakfrågan. En följd av denna åtskillnad är bl a att omständigheter i ett mål som har bevisvärde skall räknas endast på bevissidan. Om de styr

³⁵ UB prop 1980/81:8 s 437. Se också Walin: Utsökningsbalken s 148.

³⁶ Se HL prop 1980/81:88 s 56, 177 och 194. Se också Heuman: Specialprocess s 49 f.

³⁷ Boman s 52 papekar att klassificeringen har betydelse om rättsföljderna är identiska.

³⁸ Rosenberg s 9, Musielak s 340.

även placerandet av den äkta bevisbördan kan omständigheterna komma att dubbelräknas.³⁹

I RB 50:21 sägs att HovR:n i vissa fall kan avgöra en rättstillämpningsfråga på handlingarna och i RB 54:10 stadgas bl a att prövnings-tillstånd får meddelas om det är av vikt för rättstillämpningen. Med rättstillämpningsfrågor avses i allmänhet frågor som rör fastställda fak-tas rättsliga betydelse. Härigenom aktualiserades tydligen gränsdrag-ningen mellan sak- och rättsfråga. Denna får också betydelse när man försöker skilja mellan faktisk och rättslig villfarelse.⁴⁰

Reglerna om resning finns i RB kapitel 58 § 1-3. I RB 58:1 p 4 resp 58:2 p 4 anges att resning kan beviljas om rättstillämpningen uppen-bart strider mot lag. Felaktig bevisvärdering kan däremot inte angripas resningsvägen.⁴¹ Härfor krävs att nytt bevis framkommit. Självklart är det av fundamental betydelse för den riktiga tillämpningen av resnings-reglerna att man skiljer mellan bevisvärdering och rättstillämpning.

När det i RB talas om omständighet menas ibland bevisfaktum, ibland rättsfaktum och ibland båda delarna. I t ex RB 18:3 st 2 avses rätts-faktum.⁴² Samma gäller RB 17:3 p 2; endast rätts- och inte bevisfakta behöver återopas. På motsvarande sätt förhåller det sig med RB 13:3 st 3 som rör ändring av talan, d v s med "omständighet" avses ett rätts-faktum. I RB 50:23 och 51:23 avses både bevisfakta och rättsfakta.⁴³

Begreppen bevis- resp rättsfaktum är, som ovan nämnts, i allmänhet hänförliga till sak- resp rättsfrågan i betydelsen av att den förra avser fastställandet av fakta och den senare faktas rättsliga betydelse.⁴⁴ Hur gränsen skall dras mellan bevis- och rättsfakta beror då bl a på vad som hänförs till sak- resp rättsfrågan. Denna klassificering är delvis av-hängig frågan vad som *anses kunna utgöra bevistema*. Anser man att vad det abstrakta rättsfaktumet refererar till kan bevisas enligt ett teore-tiskt slutledningsförfarande, blir omständigheterna i ett händelseför-lopp att betrakta som bevisfakta. Anser man således att t ex "vårdslös-het" kan bevisas på det angivna sättet blir fakta i händelseförloppet

³⁹ Se Bolding: Bevisbördan s 79, Eckhoff s 88 och Motsch s 92. Jfr emellertid avsnitt 8.5.3 vid not 67.

⁴⁰ Scheurle s 6, Bolding: Bevisbördan s 33.

⁴¹ Se Welamson: Rättegång VI s 216.

⁴² Kommentaren s 205. Se också Jacobsson s 103 f och 112 ff.

⁴³ Welamson: Rättegång VI s 92.

⁴⁴ Som ovan framgått bortser man sålunda i allmänhet från att även tolkningsfakta mäs-te bevisas.

att betrakta som bevis för culpa.⁴⁵ Med denna uppfattning påverkas även tillämpningen av regler om ändring av talan, åberopande m m eftersom klassificeringen i rätts- resp bevisfakta normalt sett är styrd av hur gränsen mellan sak- och rättsfråga förläggs.⁴⁶ Anser vi å andra sidan att tex "vårdslöshet" är ett rättsbegrepp under vilket konkreta fakta subsumeras, kommer dessa konkreta rättsfakta att bli bevisfakta.⁴⁷

Gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga är emellertid inte bara av betydelse därför att vissa regler direkt anknyter till distinktionen ifråga. Gränsen aktualiseras alltid när rättsbegrepp används på fakta. Ur rättsteoretisk och rättsmetodologisk synpunkt är därför gränsdragningen av grundläggande betydelse. En analys av rättstillämpningen och dess natur, dess mål och metoder, kan överhuvudtaget inte ske på ett meningsfullt sätt utan att gränsen ifråga dras.⁴⁸

1.7 Rättsregler som rör bevisvärderingen

Om vi blickar tillbaka på den figur som skulle åskådliggöra rättstillämpningen ser vi, att av betydelse för culpabedömningen är konkreta rättsfakta a), b) och f). Dessa fakta blir till föremål för bevisning om de inte är ostridiga. Det material som ligger till grund för bevisbedömning regleras av vissa rättsregler, varav de flesta återfinns i RB kap 35-40. Här finns tex en regel som innebär att vissa närstående inte behöver avlägga vittnesmål (RB 36:3) och en regel som säger att den som enligt lag har tystnadsplikt, tex präster, inte behöver vittna (RB 36:5). De nämnda reglerna innebär att intresset att utreda sanningen får stå tillbaka för vissa andra intressen som ansetts väga tyngre. Detta innebär att det material som ingår i bevisbedömningen reduceras jämfört med vad som skulle ha varit fallet om dessa regler inte funnits. Vidare, för att ta ett annat exempel, har rätten möjlighet att, enligt RB 37:7, under däri angivna förutsättningar, avvisa viss bevisning. De anförda exemplen illustrerar hur rättsregler kan påverka omfattningen av det material som läggs till grund för bevisbedömningen. Själva bevis-

⁴⁵ Se avsnitt 11.2.2.

⁴⁶ Se ovan avsnitt 1.3.1.

⁴⁷ Som framgick i avsnittet beskriver denna reduktion bäst rättstillämpningens natur. Se härom också avsnitt 10.2 och 10.3.2.

⁴⁸ Se Scheurle s 7 och Mannheim s 34. Jag vill här också påpeka att den uppräknade rörande gränsdragningens betydelse som ovan gjorts inte gör anspråk på fullständighet.

värderingen påverkas inte härav. Den sker fritt på det föreliggande materialet.

Vidare finns rättsregler som bestämmer om en bevisbedömning överhuvudtaget skall ske. I dispositiva mål är sålunda ett erkännande i princip bindande (RB 35:3). Domaren utövar sålunda ingen bevisvärdering med avseende på erkännandets överensstämmelse med sanningen. Däremot kan det ju tänkas att frågan om ett yttrande skall tolkas som ett erkännande innehåller moment av bevisvärdering. Men denna bevisvärdering avser i så fall inte att utröna om erkännandet överensstämmer med verkligheten, utan om det föreligger ett erkännande. Andra regler som gör bevisvärdering onödigt är de tidigare berörda instituten medgivande och eftergivande. Vidare behöver inte notoriska fakta bevisas.

I dispositiva mål gäller vidare enligt RB 17:3 p 2, att domen inte får grundas på omständigheter (rättsfakta) som inte åberopats. Regeln innebär att om ett rättsfaktum inte har åberopats, det är meningslöst för rätten att utföra en bevisvärdering med avseende på detta faktum. Jag vill dock göra den reservationen att en omständighet som skulle ha lagts till grund för domen om den åberopats, likväl kan bli till föremål för bevisning om den också är ett bevisfaktum för en annan relevant omständighet som åberopats, eller för ett annat bevisfaktum.

En annan princip, som dels påverkar kvalitén av det material som ingår i bevisbedömningen, men också – enligt uttalanden av Ekelöf – själva bevisvärderingen, är principen om det bästa bevismaterialet. Denna princip innebär bl a att rätten som vittne bör låta höra den som haft de bästa möjligheterna att göra en ordentlig iakttagelse.⁴⁹ Principen har även betydelse när det gäller användningen av förundersökningsprotokoll som bevismaterial.⁵⁰ Vittnen kan ju säga en sak under förundersökningen och en annan under huvudförhandlingen. Att protokollet i så fall får läsas upp under huvudförhandlingen framgår av RB 36:16 st 2. Vilken betydelse som skall tillmätas protokollet råder det dock delade meningar om.⁵¹

Förhållandet mellan bevis- och rättsfrågor aktualiseras också vid en diskussion om en dom skall anses formellt eller materiellt riktig. Detta spörsmål har samband med frågan hur allsidig och inträngande utredning som görs av sakförhållandena i ett mål, vilket bestäms av förfarandereglerna. Ju mer noggrant sakförhållandet undersöks, ju bättre borde

⁴⁹ Ekelöf: Rättegång IV s 54.

⁵⁰ Ekelöf a a s 57 f.

⁵¹ Se avsnitt 3.6.6.

chanserna bli att åstadkomma en materiellt riktig dom. Frågan har också anknytning till de normer som anger beviskravet. Man kan här ställa frågan om beviskraven har en annan innebörd om utredningsmaterialet i vissa typer av mål typiskt sett är knappt, eller om de har samma innebörd i alla slags mål. Om innebörden växlar är det inte riktigt att anse den norm som anger beviskravet vara rent empirisk. Det finns i så fall en juridisk beståndsdel i denna norm som anknyter till utredningens omfattning.⁵²

Relationen mellan bevis- och rättsfrågor blir också tydlig vid en jämförelse mellan syftet med den fria bevisprövningen, nämligen att åstadkomma materiellt riktiga domar, och de överväganden som i vissa fall bestämmer hur bevisbördan skall placeras. Om bevisbördan placeras så, att syftet med de materiella reglerna tillgodoses, kan ju detta syfte komma i konflikt med en bevisprövning som vill tillgodose det sanna i det individuella fallet. Här kan alltså råda en konflikt mellan olika ändamål. Härvid uppkommer även frågan om inte bevisvärdering och rättstillämpning borde samordnas på något sätt, så att bättre enhetlighet och följsamhet uppnås.⁵³

1.8 Utländsk rätt

Avslutningsvis skall något sägas om sak- och rättsfråga i ett par utländska rättsordningar, England och Västtyskland. I dessa länder har gränsdragningen betydelse för kompetensfördelningen mellan domare och jury, resp för den högsta instansens prövningsrätt. Syftet med denna helt kortfattade och exemplifierande framställning är att visa hur gränsdragningen kommit att utföras.

1.8.1. England

Den allmänna regeln är att domaren prövar "questions of law" och att juryn prövar "questions of fact".⁵⁴ I en del fall har emellertid denna regel inte upprätthållits och jag skall nämna några av dessa samt anledningen till att gränsdragningskriteriet frångåtts.

⁵² Jfr avsnitt 9.4.5.

⁵³ Se avsnitt 7.5 och 7.7.

⁵⁴ Cross s 65 och Phipson s 15. Curzon har formulerat innebörden av denna regel på följande sätt: "In other words, the question of whether something can be (in law), is for the judge; whether (in fact) something is fall to the jury".

"The meaning of an ordinary word of the English language is not a question of law. The proper construction of a statue is a question of law."⁵⁵ Uttalandet har ansetts gälla enbart brottmål.⁵⁶ I det ifrågavarande målet gällde det att avgöra vad "insulting behaviour" innebar och därvid uttalades följande: "It is for the tribunal which decides the case to consider, not as law but as fact, whether in the whole circumstances the words of the statue do or not as a matter of ordinary usage of the English language cover or apply to the facts which have been proved."⁵⁷

Vad rätten här i realiteten gör är inte att besvara en sakfråga utan den subsumerar fakta under en rättssats d vs den besvarar en rättsfråga. Farhågor har också framförts för att juryn får alltför fria händer.⁵⁸ Visserligen åligger det domaren att tala om för juryn vad lagen menar med tex "insulting behaviour" och att därvid understryka att den inte kan ge uttrycket en särskild betydelse för att härigenom åstadkomma en önskad utgång av målet. Då rättsfakta är vaga blir emellertid domarens uttalanden mycket allmänna, vilket kan leda till motstridiga domar även i sådana fall där fakta är likartade.⁵⁹

Vid förtal genom skrift skall juryn, efter det att domaren har förklarat lagens innebörd, uttala sig om hela saken ("whole matter"). Som en konsekvens av denna princip har det blivit praxis, att domaren bedömer om skriften ifråga är kapabel att bära den innebörd den tillmäts i stämningsansökan, medan juryn avgör om den faktiskt utgör en brottslig smädesskrift.⁶⁰ Även här bedömer juryn i realiteten en rättsfråga. Sakfrågor i detta fall är om skriften publicerats och om det finns några faktiska omständigheter från vilka påstådda anspelningar kan härledas. Att juryn endast skulle besvara denna typ av frågor var enligt Cross gängse innan Fox's Libel Act, "*but it proved to be objectionable on political grounds, and because it contravened the jury's right to return a general verdict in criminal cases*".⁶¹

Det sista fallet jag tar upp är mened. Frågan huruvida ett uttalande sakligt sett innebär mened betraktas som en domarfråga, fastän den enligt Cross givetvis borde betraktas som en sakfråga. När det emeller-

⁵⁵ Cross s 65, Phipson s 17.

⁵⁶ Cross s 65.

⁵⁷ A st.

⁵⁸ Cross a st. Jfr Phipson s 17.

⁵⁹ Cross a st. Angående sätt att angripa ett juryavgörande, se Phipson s 17.

⁶⁰ Cross s 66, Curzon s 21. Nämnas kan här att den svenska juryn i tryckfrihetsmål prövar både sak- och rättsfrågor.

⁶¹ Cross a st (min kurs).

tid gäller mened "it is probably convenient that the matter should be treated as one of law in the interest of *certainty* and *uniformity*."⁶²

1.8.2 Västtyskland

Revision tillåts endast under förutsättning av att den överklagade domen är oriktig p g a en "Gesetzesverletzung" varmed menas en oriktig användning av en rättsregel. Detta innebär att Bundesgericht inskränker sin prövning till en rättslig värdering av det fastställda sakförhållandet och att den således är bunden av underrättens bedömning av sakfrågan.⁶³

Uppdelningen ifråga har emellertid föranlett problem vid tillämpningen av obestämda rättsbegrepp. Den högsta instansens funktion är att skapa prejudikat, d v s att ange hur vissa frågor skall bedömas i framtida fall. De obestämda rättsbegreppen medför emellertid, att de omständigheter som i det individuella fallet tillmäts relevans, kan vara så särpräglade att de inte lånar sig till en *generalisering*, d v s formulering av en rättsprincip. Huvudsakligen av denna anledning har man inskränkt Bundesgerichts prövningsrätt.⁶⁴ Några exempel får illustrera det sagda. Om ett förhållande är "sittenwidrig", d v s stridande mot all anständighet, kan alltid prövas av Bundesgericht.⁶⁵ I ett sådant fall anses det nämligen vara möjligt att ange riktlinjer för framtida bedömningar. Frågan om ett handlande skall betraktas som "gross fahrlässig" (grov vårdslöshet) anses däremot av Blomeyer vara en sakfråga;⁶⁶ här kan man inte uppställa generella regler. Som en sakfråga betraktar han också – av samma skäl – bestämningen av begreppet "billigen Schmerzensgeldes"⁶⁷ (rimlig ersättning för sveda och värk). Tolkningen av viljeförklaringar hänförs på den ifrågavarande grunden till rättsfrågan, dock endast om det är frågan om sådana avtal som vanligen används vid affärstransaktioner, d v s standardavtal.⁶⁸

För att sammanfattningsvis kommentera gränsdragningen mellan

⁶² Cross a st (min kurs). Jfr Phipson s 15.

⁶³ Blomeyer s 586, Rosenberg-Schwab s 756.

⁶⁴ Se Blomeyer s 587 och Rosenberg-Schwab s 61.

⁶⁵ Blomeyer s 588.

⁶⁶ A st.

⁶⁷ A st. Man kan naturligtvis, om man så vill – vilket Blomeyer gör – kalla sådana rättsfrågor som inte får överprövas av Bundesgericht för sakfrågor. Som Prütting (s 198) framhåller är emellertid en sådan beteckning missvisande.

⁶⁸ A st. Nämnas bör här att Blomeyer hänför sig till praxis hos Bundesgericht.

sak- och rättsfråga i de ovan nämnda länderna kan följande sägas. Kompetensfördelningen mellan domare och jury följer inte ett strikt kunskapsteoretiskt kriterium, där rätten bara fastställer fakta medan domaren utför den rättsliga värderingen. Avgörande för kompetensfördelningen synes i stället ha varit hänsynstagandet till olika mål, dels att ge juryn ett reellt inflytande och dels intresset av säkerhet och likformighet i rättskipningen. Avvägningen mellan dessa intressen har lett till att juryn ibland avgör både rätts- och sakfrågor.

Beträffande Västtyskland gäller här grundsatsen att högsta instans inte får pröva bevisfrågor och vid denna grundsats håller man fast. Härvid håller man sig i huvudsak till det tidigare berörda logiskt-begreppsliga kriteriet. Däremot prövar inte Bundesgericht alla rättsfrågor och för att avskilja sådana rättsfrågor som får prövas från sådana som inte får prövas har den principen uppställts att avgörandet skall kunna generaliseras. Till fall som inte anses kunna överprövas av Bundesgericht hör därmed sådana som rör *gradbestämningar*, tex vanlig – enkel – eller grov vårdslöshet, sådana som rör vissa *skönmässiga skattningar*, tex skäligheten av yrkad ersättning för sveda och värk med beaktande dels av skadans art och omfattning och dels graden av vållande, sådana som rör *individualiserande rättstillämpning*, dvs fall där domstolen beaktar samtliga omständigheter i det individuella fallet och sådana som rör tillämpningen av *lokal sedvanerätt*. Slutligen hör hit också sådana fall där man inte kan skilja mellan sak- och rättsfråga – en sk *Gesamtsituation*.⁶⁹

1.9 Sammanfattning och disposition för den fortsatta framställningen

Begreppet sakfråga har jag definierat som fastställandet av fakta med hjälp av fri bevisvärdering. Övriga frågor, som aktualiseras vid tillämpningen av normer, har hänförts till rättsfrågan. Jag har därvid påpekat, att det vid fastställandet av fakta sker ett samtidigt ställningstagande till det tillämpliga beviskravet och att man, särskilt i vad som kallats marginalfallen, inte klart kan skilja mellan bevisvärde- och beviskravsfrågor. Det har också framgått att även tolkningsfakta behöver bevisas, men att begreppet bevisfaktum definitionsmässigt och av tradition knu-

⁶⁹ Se härom Blomeyer s 589, Henke s 289 ff och Prütting s 202. Angående "individualiserande rättstillämpning" jfr avsnitt 10.2 och angående begreppet "Gesamtsituation" avsnitt 10.3.2 vid not 60.

tills till sådana rättsfakta vilka motsvarar rekvisiten i en rättsregel. Stundom har också – framhölls det – det konkreta rättsfaktumet förväxlat med det abstrakta. Påpekades gjordes också att även lagstiftaren kan ha att ta ställning till bevisfrågor, att sådana även aktualiseras vid val av rättsföljd samt att bevisproblem i vissa fall kan undanröjas vid rättstillämpningen genom att rättssatsen preciseras på visst sätt.

I kapitlet har riktats kritik mot det traditionella rättstillämpningsbegreppet och framför allt mot att man i processuella sammanhang använder sig av detsamma. Det har hävdats att vi bör anses ha att göra med rättstillämpning även om domstolen inte knyter någon rättsföljd till fakta i ett mål och att ett rättsfaktum bör definieras som ett sådant faktum som domstolen jämför med förutsättningarna i en regel, vare sig rättsföljden sedan inträder eller ej.

Framställningen har härefter behandlat förhållandet mellan bevis och rättstillämpningsfrågor, varvid den sk växelverkansmekanismen beskrivits, vilken innebär att rätten ömsom blickar på det möjliga sakförhållandet och ömsom på den tillämpliga rättssatsen, för att på detta vis – stegvis – precisera en rättssats. Det framgick här att sakfrågan inte bör definieras så att den avser frågan vilka fakta som bör läggas till grund för domen därför att detta blir en rättsfråga om frågan i stället formuleras: Är normen tillämplig på föreliggande fakta?

Härefter redogjordes för gränsdragningens betydelse. Bl a nämndes att den har betydelse för tillämpningen av omröstningsregeln i RB 16:2 st 2 p 3, fastställelsealan, gränsdragningen mellan faktisk och rättslig villfarelse, den riktiga användningen av bevisbörderegler, för distinktionen mellan bevis- och rättsfakta och för tillämpningen av resningsreglerna. Sedan redogjordes för en del regler och rättsprinciper som påverkar bevisprövningens omfattning och kvalitet. Här nämndes bl a principen om det bästa bevismaterialet och att rättsregler rörande förfarandet har betydelse för hur omfattande det material blir som läggs till grund för bevisbedömningen.

Slutligen gjordes en utblick på utländsk rätt, England och Västtyskland, där gränsdragningen mellan faktum och rätt har betydelse för kompetensfördelningen mellan domare och jury resp för högsta instans – Bundesgericht – prövningsrätt. Det konstaterades här att gränsen – åtminstone för engelsk rätts vidkommande – kommit att dras efter politiska överväganden och rättssäkerhetshänsyn och inte efter ett teoretiskt kriterium.

Den förevarande framställningen är upplagd på följande sätt. I kap 2 ges en historisk översikt där bl a gränsdragningen mellan fastställan-

det av fakta och subsumtion i äldre rätt behandlas. I kapitel 3 granskas RB 35:1, dess allmänna karaktär, räckvidd och begränsning. Kapitel 4 behandlar sannolikhetsbegreppet, varvid bl a tema- och värdemetoden granskas mot bakgrund av de principer som reglerar sanningssökandet i process. I kapitel 5 behandlas bevistemat ur skilda synpunkter. Kapitel 6 handlar om erfarenhetssatserna, bl a deras grund, uppbyggnad och användning. I kapitel 7 fortsätter behandlingen av erfarenhetssatserna men här ställs de i relation till rättssatser. Även kapitel 8, i vilket presumtionsbegreppet undersöks, kan beskrivas som en slags fortsättning av behandlingen av erfarenhetssatserna; många presumptioner vilar nämligen på sannolikheter. I kapitel 9 behandlas det juridiska sanningsbegreppet. Kapitel 10 handlar om gränsdragningen mellan faktum och rätt. I kapitel 11 följer några rättsfallsanalyser, vilka sker mot bakgrund av tudelningen i sak- och rättsfråga. Kapitel 12 slutligen, behandlar bl a omröstning och fastställelsealan.

2 Historisk översikt

2.1 Inledning

Jag har valt att förse framställningen med en historisk översikt av framför allt tre skäl. För det första anser jag det vara av ett allmänt intresse att veta, att fastställandet av fakta och subsumtion inte alltid varit åtskilda på det sätt som beskrivits i inledningen. Tvärtom visar rättshistorien att "subsumtionsmodellen", som innebär ett klart särskiljande mellan fastställandet av fakta och värderingen av deras rättsliga betydelse, i ett historiskt perspektiv är en tämligen ny företeelse. För det andra kommer avhandlingen så småningom att behandla principen om den fria bevisprövningen. Denna princip kan endast till fullo förstås genom kunskaper om dess motpol — den legala bevisteorin — med vilken vi kommer att stifta bekantskap i denna översikt. För det tredje kommer jag att försöka påvisa vissa samband mellan samhällsutveckling, lagstiftningsteknik och bevisteori. Genom att försöka påvisa dessa samband görs samtidigt en ansats till att förklara uppkomsten av "subsumtionsmodellen". Till sist skall tillfogas att kunskaper om den rättsliga regleringen i gången tid — åtminstone för detta avhandlingsämnes vidkommande — utgör en viktig referenspunkt för analys av gällande rätt och utvecklingstendenser inom denna. Man brukar som bekant säga att historien upprepar sig, men för att veta om så är fallet måste man ju känna till historien.

Av det ovan anförda kanske läsaren fått intrycket att det historiska avsnittet blir omfattande. Av utrymmesskäl har jag emellertid fått begränsa mig. Framställningen omfattar endast landskapslagarna och 1734 års lag, varvid den mellanliggande utvecklingen i huvudsak lämnats utanför. Dessutom har begränsningar skett vid urvalet av det material som behandlas inom resp tidsavsnitt. Vad som kommer att framhävas är endast det typiska, varvid utgångspunkten är *lagtexten*. I endast ringa omfattning har sålunda praxis beaktats. Det är min förhoppning att urvalet inte har begränsats på ett sådant sätt att den äldre rätten framställs på ett missvisande sätt.

Trots begränsningarna har emellertid urvalet varit relativt enkelt att göra. Landskapslagarna visar hur den äldsta kodifierade rätten var beskaffad och utgör plattform för den fortsatta rättsutvecklingen, som så småningom, via bl a lands- och stadslag, kommer till klart och auktoritativt uttryck i 1734 års lag. Och genom att jämföra landskapslagarna med 1734 års lag och sistnämnda lag med gällande rätt, kan vi trots begränsningarna, och fastän framställningen lämnar stora vita fläckar på den historiska utvecklingens karta, se i vilken riktning utvecklingen gått.

2.2 Bevisteorier — allmänt

Innan jag kommer in på den äldre rätten skall emellertid ges en mer allmän orientering om olika bevisteorier. Man kan grovt skilja mellan följande tre bevisteorier: Den formella, den materiella och den legala bevisteorin. Utmärkande för resp teori är följande:

Formell bevisteori = Ett bevissystem där ett påståendes riktighet fastställs genom noga bestämda prestationer.¹

Materiell bevisteori = Ett bevissystem där riktigheten av ett påstående provas, och där lagen inte sätter upp någon begränsning för vilka kunskapskällor som får användas och inte heller anger hur dessa skall värderas.²

Legal bevisteori = Ett bevissystem där i lag antingen regleras vilka bevis som får användas för att bevisa ett påstående eller hur bevisen skall värderas eller som innefattar regleringar i båda dessa avseenden.³

Till definitionerna skall fogas följande anmärkningar. Kallenberg definierar den formella bevisteorin på följande sätt: "Såsom formellt karaktäriseras bevissystemet då saksammanhangets eller snarare rättspåståendets riktighet bestäms genom noga bestämda formella prestationer".⁴ Det är dock inte ett nödvändigt — men väl ett tillräckligt —

¹ Kallenberg II s 545.

² Se motiven till RB (NJA II 1943) s 444 och Afzelius: Rättegångsförfarandet s 87.

³ Vanligtvis definieras legal bevisteori på sådant sätt att lagen uppställer föreskrifter om både bevisvärdering och bevisföring, se Wrede, s 11 och Afzelius a a s 81. Jfr emellertid Kallenberg II s 621.

⁴ Kallenberg II s 545. Den formella bevisteorin var legal i den meningen att det i lagen angavs vilka bevisprestationer som erfordrades, men den innehöll inte samma utförliga reglering av bevisningen som den senare "äktade" legala bevisteorin. Vidare var rent faktiskt bevisprestationerna i den äldre rätten alltid inriktade på ett rättsförhållande, vilket inte i samma utsträckning var fallet med bevismedlen i 1734 års lag.

kriterium på ett formellt bevisssystem, att bevisföremålet utgörs av ett saksammanhang eller ett rättspåstående, utan dess väsentliga kännetecken ligger däri, att det inte medger någon fri prövning av bevisvärdet hos ett påstående. Värjemålseden utgjorde därför, vilket Kallenberg uttryckligen påstår på ett annat ställe, ett formellt bevismedel, fastän den som föremål kunde ha konkreta fakta.⁵

Påståendet att bevis temat i den äldre rätten utgjordes av rättspåståenden och rättsligt kvalificerade fakta är vanligt förekommande i äldre doktrin och jag kommer själv att använda termerna, men skall förtydliga dem något. Om påståendet ifråga omfattade rättsföljden, tex "han är skyldig" är det väl klart vad som avses. Om däremot påståendet inte omfattade rättsföljden utan endast försatsen i en regel, så kan ju en rättslig kvalifikation av fakta *alltid* sägas föreligga. I sådant fall har ju part s a s jämfört verkligheten med regeln och funnit den vara tillämplig och detta förutsätter en rättslig kvalifikation av fakta. När det i den äldre doktrinen talas om rättsligt kvalificerade fakta nämns emellertid endast fakta som "köp", "avtal", "gåva" etc. Antagligen beror detta på att den rättsliga kvalifikationen i sådana fall är så tydlig. Om vi emellertid har en regel som säger tex att "byggnad skall vara omgärdad av stängsel", och part säger att hans byggnad är omgärdad med ett stängsel, så föreligger också en rättslig kvalifikation. Part har ju subsumerat sin byggnad och sitt stängsel under *rättsbegreppen* "byggnad" och "stängsel" i rättsatsen. Här märks emellertid inte kvalifikationen lika tydligt p g a att regeln ifråga använder *vardagliga beskrivande begrepp*. När det nu sägs att bevis temat utgjordes av rättsligt kvalificerade fakta menas därför att bevis temat utgjordes av partspåståendet och att det var parten och ej rätten som utförde kvalifikationen ifråga. För att återknyta till det sistnämnda exemplet så innebar detta att rätten *inte undersökte om partens byggnad var en sådan byggnad som avsågs i rättsatsen*. Därmed kom inte någon skillnad att göras mellan fastställande av fakta och subsumtion under rättsbegrepp. Det var parten som utförde subsumtionen. Betydelsen härav kommer att belysas på skilda ställen i den fortsatta framställningen.

Den avgörande skillnaden mellan formell och materiell bevis teori ligger därför inte i bevisningens föremål, utan i det att den materiella bevis teorin ger domaren rätt och möjlighet att fritt bedöma om ett påstående bevisats. I den äldre rätten var det emellertid, som nyss framgått och snart ytterligare kommer att framgå, vanligt att de formella bevis medlen som föremål hade rättspåståenden. Beträffande den materiella bevis teorin ligger det i dennas natur, att den som föremål för

⁵ A a s 961.

bevisning endast kan ha konkreta fakta.⁶ Den är *sönderdelande* och *analyserande* till sin karaktär, och fordrar ett tema som antingen är sant eller falskt.⁷

Beträffande den legala bevisteorin avviker den givna definitionen delvis från den vi möter hos Ekelöf och Stening. De synes mena att legal bevisteori innebär inskränkningar i såväl bevisföring som bevisprövning.⁸ Denna bestämning överensstämmer med begreppets historiska innebörd. Ur saklig synpunkt måste emellertid den ovanstående definitionen vara den riktiga. Om nämligen lagen förbjuder ett stort antal bevismedel, men tillåter fri prövning av den förda bevisningen, eller omvänt tillåter alla slags bevis, men anger hur dessa skall värderas, finns det, kanske i synnerhet beträffande den sistnämnda inskränkningen, skäl att tala om legal bevisteori.⁹

Den legala bevisteorin utgjorde en kombination av formell och materiell bevisteori.¹⁰ I gällande rätt tillämpas *grundsatsen* om fri bevisprövning (RB 35:1), men systemet är fortfarande i viss utsträckning blandat. Det finns således vissa legala regler kvar i RB. Som bevis att någon är rättegångsombud godtas t ex endast skriftlig fullmakt.¹¹ Intyg om arrendesyn utgör vidare fullt bevis om arrendeställets skick vid avträdandet.¹² Ytterligare ett exempel är att målsägande inte får vittna.¹³ Beträffande utsagor av part finns vissa eder, t ex bouppteckningsed vid konkurs¹⁴ och utmättningsed,¹⁵ vilka är att betrakta som formella bevismedel.

Det torde överhuvudtaget vara svårt att hitta ett rättssystem, där någon av de bevisteorier som nämnts, varit eller är fullt genomförd.

⁶ Se härom kap 5.

⁷ Ett rättspåstående av innebörd att någon givet vissa fakta har skyldigheter eller rättigheter kan inte vara sant eller falskt, se avsnitt 1.4.

⁸ Ekelöf: Rättegång IV s 16. Stening: Bevisvärde s 25. Jfr också not 3. Ekelöf säger emellertid a a s 51, att fri bevisvärdering inte med nödvändighet förutsätter fri bevisföring.

⁹ Jfr Kallenberg II s 620.

¹⁰ Engströmer s 136, Kallenberg II s 633. Se vidare avsnitt 2.4.

¹¹ RB 12:8.

¹² JB 9:28.

¹³ RB 36:1. I SOU 1982:26 s 444 föreslås att förbudet inskränks till att gälla sådana målsägande som är parter i det aktuella målet. Målsägande som inte för talan betraktas som vittne, men får enligt förslaget inte avlägga ed.

¹⁴ KL § s 91.

¹⁵ Lagen (1921:244) om utmättningsed har visserligen uppgjort att gälla, men den tillämpas fortfarande på ansökningar som inkommit före nya utskökningsbalkens ikraftträdande. Ett motsvarande stadgande återfinns i denna balk (UB 4:14 st 3).

Numera tillämpar i vart fall alla europeiska länder grundsatsen om fri bevisprövning,¹⁶ men inte utan undantag. När vi säger att vi har fri bevisprövning i Sverige menas alltså att denna grundsats gäller. Att denna sedan är genombruten på vissa ställen hindrar inte att beskrivningen ifråga är riktig.

Slutligen skall påpekas att legal bevisteori uppvisar andra varianter än den som angetts i ovanstående definition. Modern bevisrättslig doktrin uppställer nämligen ofta formler som anger hur flera bevis, vilka givits ett visst värde, skall sammanvägas. Dessa bevisteorier anger inte — i vart fall inte exakt —¹⁷ hur enskilda bevis skall värderas och är inte legala på detta vis. Inte heller är de legala genom att de förskriver att endast viss bevisning är tillåten. De blir legala endast om det föreskrivs att domaren måste — om en diskursiv analys med hjälp av formler ger ett annat resultat än ett intuitiv sammanvägning — ge den förra företräde. I så fall kommer resultatet av bevisvärderingen att bestämmas av reglerna för sammanräkningen, varvid domaren förbjuds att beakta sin "övertygelse". I princip skiljer sig inte en sådan reglering från den bekanta formeln "två vittnen är fullt bevis". Om värdet av ett bevis är reglerat i lagen, eller om värdet av flera enskilda bevis får bestämmas fritt, men resultatet av deras sammanlagda verkan är bestämt av regler, går ut på ett och detsamma, nämligen att reglera bevisvärderingen.¹⁸

Jag lämnar nu denna allmänna orientering om olika bevisteorier för att försöka, att genom olika exempel i anslutning till en beskrivning av äldre rätt, ge definitionerna mer kött på benen och visa hur de konkret fungerade i samband med rättsanspråk.

2.3 Subjektiv rätt och formell bevisteori

I det fornsvenska rättssystemet var käromålet inriktat på rätten som sådan och bestridandet utgjorde ett kontradiktoriskt förnekande av

¹⁶ Nagel s 85.

¹⁷ Beträffande reservationen, se avsnitt 4.4.

¹⁸ Stening vill i sin avhandling *Bevisvärde* s 12: "formulera en grundläggande bevisteori som gäller alla bevissituationer". Han använder sig därvid av logiska modeller och formler som han önskar skall användas de lege lata. Lindblom påpekar i sin recension av avhandlingen i SvJT 1977 s 283 att Stenings teorier innebär en legal reglering av bevisvärderingen. Stenings teori — värdeметоден — behandlas i kap 4. Angående legalitet vid bevisvärderingen jfr avsnitt 3.5, 4.1 och 5.4.2.

denna rätt. Följande exempel är belysande: "Han är full tjuv, därför är han värd att låta sitt liv"; "så sant som denna jord, som vi tvista om, är alla byamäns allmänning och icke din enskilda äga"; "jag brände icke ditt hö, och icke är jag *skyldig* till den sak som du tillvitar mig".¹⁹

Bevistemat korresponderade mot det i denna form framställda anspråket och bestridandet, varför själva rättsförhållandet blev föremål för bevisning.²⁰ Någon uppdelning av rättsanspråket eller bestridandet av detta på faktiska omständigheter gjordes således inte. Förmodligen skedde emellertid en redovisning av saksammanhanget, med modern terminologi en sakframställning, men denna saknade juridisk relevans och kan därför inte ha ingått som en nödvändig beståndsdel i processen.²¹

Bevismedlen var formella. Det vanligaste bevismedlet var parts ed, i regel förstärkt av en accesorisk ed av tolv sk edsgårdsmän, vilka samtidigt på tinget svor att part svurit "rent och ej ment, både sant och lagligt". Om, och i så fall hur edsgårdsmännen erhållit kunskap om edstemat, efterfrågades inte.²²

Bevismedlen betraktades som försvarsmedel mot ett angrepp, varvid rätten att bevisa, som var ensidig, i allmänhet tillkom svaranden.²³ Undantag från denna princip gjordes t ex om någon tagits på bar gärning för ett brott.²⁴ I lagen angavs noga vem som i olika situationer

¹⁹ Holmbäck & Wessén V. Exempler är, i den ordning de förekommer i texten, hämtade ur följande ställen i Äldre Västgötalagen (sidangivelser avser Holmbäck & Wessén): Tjuvabalken § 3 (s 158), Förnämesebalken § 4 (s 192) och Jordabalken § 15 (s 138).

²⁰ Se Engströmer, s 32, Sjögren s 43 f, Carlquist s 11, Bergendal s 25 och Estlander: Klander å lösöre s 70 ff. Vid bevisning med sk "skärskjutningsvittnen" blev emellertid fakta föremål för bevis. "Skärskjutning" var ett sätt att göra ett brott allmänt känt och hade betydelse för bevisvitsordet. Se härom Estlander: Grunden för bevisvitsordet i landskapslagarnas straffprocess s 8 ff.

²¹ Sjögren s 44. Enligt Carlquist s 6 ff, berodde formalismen i den forngermanska rättegången på domarmaktens starka begränsning och ett samtidigt behov av en rättegång med ett klart och åskådligt förlopp. Att följa yttre former — ett generellt schema — kom därmed att bli kriterier på en rättvis behandling. Men detta ledde till, sammanfattar Carlquist, att det blev omöjligt att ge rättstvister en individuell behandling där fakta i målen undersöktes.

²² Almquist: Processrättens historia s 42, Uppström: s 53. Däremot förutsatte edsgårdsmannainstitutet att part inför edsgårdsmännen bevisade fakta. I annat fall kunde ju part som regel inte påräkna stöd för sin sak. Men när sedan edsgårdsmännen avlade ed inför tinget utgjorde edstemat ett generellt rättspåstående. Se härom Carlquist s 12 och Holmbäck & Wessén Is XXVI.

²³ Afzelius: Om parts ed s 51, Wrede s 126.

²⁴ Se t ex Hjärne s 10.

skulle bevisa och vilken slags bevisning denne skulle förebringa.²⁵

Om den bevisskyldige fullgjorde bevisningen vann han målet. Kunde han inte uppfylla bevisprestationerna förlorade han målet. Då rätten var direkt åtkomlig med bevismedlen hade dessa således en *rättsrealiserande funktion*.²⁶ Härigenom kom målet att villkorligt avgöras i och med att det fastställdes vem bevisskyldigheten åvilade. Tyngdpunkten av den rättsliga prövningen kom också att förläggas till detta avgörande, vilket avkunnades genom en *bevisdom*.²⁷

Så småningom införde *svaranden grunder* i processen.²⁸ Sjögren säger att medan en kärende, som inte åberopade en rätt inte skulle tas på allvar i det gamla rättegångssystemet, svaranden kunde misstänkas för mened om han gjorde ett blankt bestridande beträffande ett skuldförhållande som varit känt, vilket även kunde medföra svårigheter för honom att skaffa edsgärdsmän.²⁹

Svaranden kunde således välja mellan att motivera sitt bestridande eller att inte göra detta. Om svaranden motiverade sitt bestridande genom att t ex åberopa betalning, kom bevisningen att som föremål få detta faktum, vilket enligt Sjögren markerar ett framsteg, och en brytning mot den äldre rätten. Framsteget ifråga visade sig enligt Sjögren särskilt på bevisningens område, därigenom att det "övervägande" materiella vittnesbeviset användes för att styrka en invändning om verkställd betalning.³⁰

Landskapslagarna erbjuder emellertid även exempel på att *käranden* åberopade grunder för sin rätt. Om t ex kärenden i en klanderprocess rörande fast egendom åberopade köp, skulle han enligt Östgötalagen styrka köpet med en femtonmannaed. Ifall kärenden fullgjorde denna bevisning vann han målet, såvida svaranden inte bestred och presterade motbevisning i form av två fjortonmannaeder, av vilka den ena skulle intyga att "han ägde jorden och inte avhänt sig densamma", och den andra att "han lagligen hävdad jorden". Fullgjordes denna motbevisning hänskjöts målet till nämnd.³¹ I köparens femtonmannaed ingick

²⁵ Enströmer s 33.

²⁶ Sjögren s 78.

²⁷ Bergendal s 26, Carlquist s 18.

²⁸ Sjögren s 75.

²⁹ A st. Jfr ovan not 22.

³⁰ Sjögren s 68. Jfr Engströmer s 60, som säger att svaranden i en klanderprocess rörande fast egendom som bevismedel använde vittnen, vilket "mähända" sammanhänge med att svaranden avgav motiverat svaromål. Tolkningen av detta stadgande i Äldre Västgötalagen är emellertid omstridd, se Engströmer ast och Sjögren s 70.

³¹ Engströmer s 66.

två köpvittnen, vilka skulle svärja att "de eller män som de hava ärvt voro närvarande då det köpet gjordes". Dessa vittnen återgav således inte sina egna iakttagelser, utan beedigade — liksom edsgårdsmännen — kategoriskt ett normerat edstema.³² Bevisningen var således renodlat formell trots att grunder återopades.

Att grunder infördes medförde alltså inte direkt, att bevisprövningen blev materiell i den mening vi idag fattar detta begrepp. Grunderna utgjordes nämligen av vad vi nu ibland kallar komplexa rekvisit (t ex "äger jorden", "lagligen hävdat" etc) och dessa rekvisit utgjorde, i form av ett partspåstående, de omedelbara bevisföremålen. De delades sålunda inte upp i konstituerande faktorer.

Införandet av grunder medförde emellertid att processen inte omedelbart kom att gälla en rättighets existens som sådan, utan anledningen till dennas existens (eller icke-existens). Härigenom kom bevisningen inte direkt att omsluta hela rättsförhållandet. Det bör därför ha blivit möjligt att skönja en uppdelning i rekvisit och rättsföljd. Betydelsen härav blev dock inte särskilt stor och bör inte överdrivas. Eftersom grunderna och deras rättsföljder var fixerade i lagen, och de formella bevismedlen hade direktverkan, dvs var direkt inriktade på grunderna, kom dessa att automatiskt etablera eller upphäva ett rättsförhållande.³³ Möjligheterna att skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion ökade därför inte som en följd av att grunder infördes. Bevismedlen var fortfarande direkt inriktade på rättsligt kvalificerade partspåståenden.

³² Engströmer säger s 34: "Alla de slutledningar som den moderne domaren måste göra för att från en vittnesutsaga komma till nämnda undersats, behöfde sålunda den fornsvenske domaren icke göra. Om de öfverhufvudtaget erfordrades, gjordes de af vittnet". Uppström säger s 35: "dömde ej svaranden så dömde vittnena". Av samma uppfattning är Wrede s 167 och Carlquist s 27.

³³ Jfr Kallenberg II s 565, som säger att från frågan huruvida ett juridiskt kvalificerat faktum, tex köp, kan vara föremål för bevis, bör särhållas frågan om ett rättsförhållande direkt kan bevisas. I det senare fallet klarläggs enligt Kallenberg en relation mellan parterna, vilket han inte anser sker i det första fallet. Den distinktion som Kallenberg gör kan jag inte nu närmare kommentera. Här skall endast följande sägas. Vissa rättsföljder är anknutna till köp som rättsfaktum, och om köp inte skett så kan givetvis inte ett härav betingat rättsförhållande föreligga. Om å andra sidan ett köp skett, så följer därav också att det föreligger ett rättsförhållande mellan köpare och säljare. Vet man emellertid endast att ett köp skett kan man inte uttala sig om det närmare innehållet i rättsförhållandet ifråga. Se härom mera i avsnitt 12.3. Slutligen skall påpekas att även om vi nu anser att vi från fakta inte kan göra logiskt bindande slutledningar beträffande rättigheter och skyldigheter, så var bevismedlen i de äldre lagarna de facto inriktade på själva rätten alldeles oavsett att termen bevisa logiskt sett är malplacerad i detta sammanhang.

Införandet av grunder utgjorde trots det sagda ett viktigt steg i riktning mot den materiella processen och detta framför allt av två skäl. För det första därigenom att käromålet härigenom avlägsnade sig från rent subjektiva rättsanspråk. I den ursprungliga rätten betraktades käromålet som ett personligt angrepp och inte som ett härifrån skiljt rättsanspråk.³⁴ Bevismedlen utgjorde försvarsmedel mot dessa angrepp. När sedan rättsordningen börjar utveckla sig därefter, att skälen till anspråken efterfrågas, frigörs i viss mån den personliga rättsuppfattningen från vad som är rätt enligt lagen. Och även om grunderna fortfarande kvalificeras av part, är steget härifrån inte långt till att efterfråga skälen också för grunderna, varvid dessa kommer att sönderdelas och bedömas av en opartisk instans, som inte tar hänsyn till den personliga rättsuppfattningen. Därmed blir emellertid de formella bevismedlen otjänliga som undersökningsinstrument, eftersom de inte medger en undersökning av riktigheten av de anförda skälen.

För det andra medförde det ömsesidiga återopandet av grunder att ed kunde gå mot ed.³⁵ Edskollisioner kunde normalt inte inträffa så länge käromålet omfattade hela rättsförhållandet. Så länge detta var odelat var det nämligen naturligt och nödvändigt att bevisskyldigheten var ensidig. En fördelning av bevisbördan mellan två parter för ett och samma förhållande skulle sålunda ha lett till ohållbara lösningar.³⁶ När sedan rättsförhållandet delades upp på olika grunder, blev det emellertid rimligt att fördela bevisbördan. Konsekvensen härav blev att ed kunde gå mot ed och att ett avgörande sålunda inte kom till stånd. Den ohållbara situation som uppstod vid edskollisioner löstes genom att målet hänskjöts till en nämnd, vilken slutligen avgjorde målet. Och i nämnden anses bevisprövningen ha varit materiell.³⁷

Infördes nämnden på att grunder infördes och därför att edskollisioner som en följd härav kunde inträffa? Beträffande orsakerna till nämndens inrättande, dess sammansättning och sätt att arbeta, råder

³⁴ Hjärne s 5.

³⁵ Se Afzelius: Om parts ed s 54.

³⁶ Jfr Carlquist s 18: "Bevisningen måste blifva strängt ensidig." Enligt Holmbäck & Wessén V s LXIV fanns i Äldre Västgötalagen ett uttryckligt förbud mot att ed fick gå mot ed. Denna grundsats började, säger de, brytas på Yngre Västgötalagens tid. De spekulerar inte om anledningen härtill. Som utvecklas i texten är det ett rimligt antagande att införandet av grunder låg bakom edskollisionerna.

³⁷ Engströmer s 94, Hjärne s 13. Westman: Den svenska nämnden s 4.

stor ovisshet inom doktrinen.³⁸ På den ovan angivna frågan skulle man kunna svara att det måste ha funnits någon annan orsak till att nämnden inrättades eftersom den redan tycks ha funnits där när målet hänskjöts till dess prövning. Då glömmar man emellertid bort att nämnden från början tillsattes vid behov och sålunda inte utgjorde en permanent del av domstolen.³⁹ Och man kan mycket väl tänka sig att den från början tillfälligt tillsattes just av den anledningen att ed gått mot ed.

Ett skäl som anförts till varför nämnden inrättades är att edsgårdsmannaprocessen var otymplig. Det kunde i vissa fall fordras ända upp till 156 edsgårdsmän, vilka samtidigt skulle avlägga ed på tinget.⁴⁰ Ytterligare ett argument är att man av rättssäkerhetsskäl inte längre ville nöja sig med edsgårdsmannaprocessens formella sanning.⁴¹ Det sistnämnda argumentet utgör ett cirkelresonemang och innehåller ingen förklaring till varför nämnden inrättades. Det måste ju ha funnits ett skäl till varför man började intressera sig för materiell prövning och först när man fått tag i detta skäl kan anges varför nämnden inrättades.

Enligt min mening bör nämndens inrättande ses mot bakgrund av en förändrad rättsuppfattning. Så länge rätten uppfattades som ett personligt angrepp, och hela rättsförhållandet var åtkomligt med bevismedlen — och också borde vara det med denna uppfattning — fanns rimligtvis inget utrymme för en undersökande nämnd. När sedan rättsförhållandena börjar delas sönder i grunder tyder detta på att den subjektiva rättsuppfattningen får träda tillbaka för en mer objektiv prövning av vem som har rätten på sin sida. Att den subjektiva rättsuppfattningen får stå tillbaka torde i sin tur hänga samman med att byar och större samhällen börjat växa upp, i vilka livet krävde en viss organisation. Att låta rättsskipningen i dessa samhällsbildningar styras av personliga rättsuppfattningar måste i längden bli oförenligt med den kontroll som fordras i ett mer ordnat samhälle. Det fordras i stället att

³⁸ Se allmänt härom Westman: Den svenska nämnden och Hjärne: Om den fornsvenska nämnden. Nämnden anses ha utvecklats ur edsgårdsmannainstitutet, se Nordström s 780 och Afzelius: Om parts ed s 55. Enligt Nordström s 836 f avsåg nämndens utlåtande endast det faktiska i målet — sakfrågan — medan det ålåg domaren att bestämma rättsföljden. Nordström säger emellertid att sak- och rättsfrågan i flera fall knappast kunde särskiljas. Beträffande det sistnämnda jfr not 66.

³⁹ Almquist: Processrättens historia s 43, Hjärne s 37.

⁴⁰ Almquist a s 42. Enligt Holmbäck & Wessén (I) s XXVI kunde antalet edsgårdsmän uppgå till 195 man.

⁴¹ Holmbäck & Wessén I s XXVII och V s LXVIII.

en oberoende och opartisk instans träder in och sliter uppkomna tvister mellan enskilda.⁴² Nämnden blev också så småningom en permanent del av domstolen, och allt fler mål överfördes successivt från edsgårdsmannaprocessen till nämndsprocessen.⁴³ Denna utveckling fortgick dock långsamt. Edsgårdsmannaprocessen avskaffades först 1695, och 1734 års lag stod, vilket kommer att framgå av nästa avsnitt, i många avseenden kvar på den äldre rättens ståndpunkt.

Under en lång tid stod alltså två processformer sida vid sida, nämndsprocessen och edsgårdsmannaprocessen. Härtill kom en tredje processart, den kyrkliga inkvisitoriska processen samt dessutom den kungliga rättsskipningen. Dessa processarter var, liksom nämndsprocessen, undersökande till sin karaktär.⁴⁴

Det är svårt att bilda sig en uppfattning angående omfattningen av den prövning som skedde inför nämnden. Domsböckerna är lakoniska på denna punkt. Det är emellertid knappast troligt att man då skiljde mellan ett begrepps betydelse enligt juridiskt resp allmänt språkbruk. För att nämna ett exempel torde begreppet "tjuv" inte ha utmejslats och givits en speciell juridisk betydelse avvikande från allmänt språkbruk. Att man då, som fallet är idag, delade upp stöldbegreppet i olika rekvisit; "tillhör annan", "olovligt tagande" etc, verkar inte troligt. På den tiden fanns ingen juridisk doktrin, och det subtila subsumtionstänkande som redogjordes för i kap 1, måste ha stått dåtiden främmande. Förmodligen var således bevistemat även hos nämnden *vad vi idag* anser vara rättspåståenden och rättsligt kvalificerade fakta.⁴⁵

2.4 Konkret rätt och legal bevisteori

Jag har nu tagit det stora klivet fram till 1734 års lag. I denna lag finns den legala bevisteorin kodifierad och vi skall närmare undersöka de

⁴² Jfr Carlquist s 123.

⁴³ Hjärne s 37.

⁴⁴ Engströmer s 88.

⁴⁵ Jfr Engströmer s 99 f: "Efter allt att döma har äfven för nämndemännen hufvudsaken ofta varit att få några i allmänhet trovärdiga personer, som voro villiga att ta på sin ed, att saken förhöll sig på det eller det sättet, eller att de 'visste', att det förhöll sig så. Då en dylik utsaga var förenad med menedsansvar för, att det också verkligen förhöll sig på det omvitnade sättet, är det naturligt, att nämndemännens övertygelse påverkades af ett sådant vittnesmål. Att en dylik form för vittnesbeviset dock lifligt erinrar om vittnesbeviset i den formella processen, måste erkännas".

legala bevismedlens föremål och verkan i denna lag. Framställningen är begränsad till bevismedlet partsed, närmare bestämt värdemålseden, och bevisning med vittnen.

Den legala bevisteorin recipierades från tysk-romersk rätt och kom att bli förhärskande under medeltiden och början av nyare tiden.⁴⁶ Den torde utan större svårighet ha inpassats i det gamla, övervägande formella bevissystemet, eftersom den i likhet med detta räknade med en viss art och ett visst mått av bevisning.

Det finns olika förklaringar till varför den legala bevisteorin infördes. En väsentlig faktor var att den ansågs främja rättssäkerheten.⁴⁷ Och naturligtvis tillgodosågs i betydande utsträckning kravet på likabehandling och förutsägbarhet. Lagen angav ju vilka bevis som fick föras och vilket värde dessa bevis skulle ha. Ett belysande citat är följande:

När lagen så inrättas att den, såvida görligt är, binder händerna på alla orättvisa domare, kan den rättssökande nästan alltid vara säker att han får vad honom tillkommer. Men ju mera lagen lämnar till domarens arbitrium, dess större fara löper de rättssökande.⁴⁸

Ett annat förhållande, som hänger samman med den nyss anförda rättssäkerhetsaspekten, var de dåtida domarnas inkompetens.⁴⁹ Man vågade helt enkelt inte anförtro dem den svåra uppgiften att fritt värdera bevisningen. Ytterligare en aspekt, som också sammanhänger med rättssäkerhet, är att den medeltida processen hade en inkvisitorisk karaktär, dvs domaren deltog aktivt i processen för att utforska sanningen. För den enskilde utgjorde under dessa förhållanden de stränga bevisreglerna ett skydd mot maktmissbruk från inkvisitionsdomarens sida.⁵⁰

⁴⁶ Afzelius: Rättegångsförfarandet s 81, Ekelöf: Rättegång 4 s 16.

⁴⁷ Gärde i SvJT 1940 s 143. Gärde säger att lagens bevisregler framsprungit ur omsorgen om rättsskipningens säkerhet och att en annan reglering skulle ha stått i strid med den uppfattning som var förhärskande vid tidpunkten för 1734 års lag. Övrig doktrin ansluter sig till denna ståndpunkt, se t ex Wrede s 14, Afzelius: Rättegångsförfarandet s 81 och Kallenberg II s 628. Rättssäkerhetsargumentet behandlas utförligt av Patermann: Die Entwicklung des Prinzips der freien Beweiswürdigung im ordentlichen deutschen Zivilprozess in Gesetzgebung und Lehre, se särskilt s 15 ff. Det kan här påpekas att Kallenberg a st också säger att det legala bevissystemet även syftade till att *hjälpa* (min kurs) domaren att värdera bevisningen. Det är emellertid enligt min mening tveksamt om detta bör betraktas som ett självständigt syfte bakom den legala bevisteorin. Viljan att hjälpa bottnade förmodligen i en misstro mot domarens förmåga till en objektiv bedömning och en därtill anknuten rädsla för godtycklighet.

⁴⁸ Det är Nehrman som sagt detta. Citerat efter Gärde i SvJT 1940 s 143.

⁴⁹ Almquist: Processrättens historia s 44.

⁵⁰ SOU 1926:32 s 32.

En annan bidragande orsak till införandet av den legala bevisteorin — som inte har med rättssäkerhet att göra — kan ha varit det vetenskapsideal som var förhärskande under medeltiden. Detta ideal — skolastiken — strävade efter att uppställa abstrakta principer för allt mänskligt handlande och det legala bevissystemet kan man se som ett uttryck härför.⁵¹ Slutligen så råder ett samband mellan bevisteori och förhandlingsform. Förfarandet i processen var i huvudsak skriftligt ända fram till RB:s tillkomst. Ett skriftligt förfarande är inte väl förenligt med principen om fri bevisprövning eftersom allt relevant material inte kan beaktas. Domaren går tex miste om vittnens och parterers sätt att tala och uppträda. Vid legal bevisteori behövs å andra sidan inte, har det sagts, ett muntligt förfarande eftersom bedömningen av bevisningen sker efter en på förhand uppgjord norm.⁵² Fri bevisprövning och muntligt förfarande har också oftast uppträtt gemensamt.⁵³

Den legala bevisteorin utgjorde, som tidigare nämnts, en kombination av formell och materiell bevisteori.⁵⁴ Det formella draget framgår bla av att domaren, under i lagen angivna omständigheter, är tvungen att godta eller avvisa viss bevisning som tillräcklig resp otillräcklig. Sålunda avgör t ex värjemålseden själva saken eller målet, medan ett vittne aldrig utgör mer än ett halvt bevis, vilket inte är tillräckligt. Det formella draget framgår även av de omfattande vittnesjäven.⁵⁵

Det materiella draget framgår bla därav, att vittnen inte längre beedigar ett normerat edstema, utan avger fria berättelser om vad de iakttagit. Vidare får domaren, när vittnesbevisning står mot vittnesbevisning, fritt bedöma vilken part som har de bästa vittnena.⁵⁶ Till dessa regler återkommer jag mer utförligt senare i framställningen. Som vi ser finns här en parallell till den äldre rätten. När ed gick mot ed hänskjöts målet till nämnd och där skedde en materiell prövning. På motsvarande sätt tillåter 1734 års lag fri bevisprövning bla när vittnesbevisning står mot vittnesbevisning. Skillnaden består "endast" i att vittnena i den äldre rätten återgav ett normerat edstema, medan vittnena i 1734

⁵¹ Ekelöf: Rättegång IV s 16.

⁵² Se 1931 års riksdagstryck angående huvudgrunderna för en rättegångsreform: Kungl. Maj:ts prop nr 80 s 94. Beträffande frågan om den legala bevisteorin innebar att bevisvärderingen kunde ske efter en på förhand uppgjord norm, se emellertid nedan detta avsnitt vid not 98.

⁵³ Gärde i SvJT 1940 s 146.

⁵⁴ Se ovan avsnitt 2.2 vid not 10.

⁵⁵ Engströmer s 136 f.

⁵⁶ ÅRB 17:20. Andra stadganden som tillåter fri bevisprövning är bla 17:9 och 17:24.

års lag skall ge en fri berättelse om sina iakttagelser. Likheten är att bevisvärdet i båda fallen är reglerat i lagen, varvid den materiella prövningen blir en utväg ur den uppkomna konfliktsituationen.

Som framgick av föregående avsnitt var bevismedlen i landskapslagarna inriktade på själva rätten eller grunderna för denna. Vilken ståndpunkt intar nu 1734 års lag beträffande föremålet för bevisningen? Engströmer säger härom följande:

”Rörande föremålet för bevisningen intar lagen (åter) en ålderdomlig ståndpunkt. Den behandlar nämligen bevismedlen icke såsom medel att övertyga domaren om relevanta fakta eller indicier. Den ser dem alltid i stället ur synpunkt af deras bevisvärde i förhållande till de omedelbart relevanta fakta.”⁵⁷

Denna lagens ståndpunkt belyses av det ovan berörda stadgandet i ÄRB 17:29 p 2: ”ett vittne om *själfva målet* gälle ej mer, än för halft bevis; och då bör den, som käres till, med ed sig värja”.⁵⁸ Vad beträffar värjemålseden, så kunde denna i konsekvens härmed avläggas endast med avseende på rättsfaktum.⁵⁹ Genom eden avgjordes således själva saken, vilket tydligt framgår av t ex ÄRB 17:31; den som ej avlägger den ålagda eden ”vare åt saken fälld”. Värjemålseden i 1734 års lag var sålunda ett renodlat formellt bevismedel, vilket var inriktat på själva rätten. Anledningen härtill låg sannolikt i dess ursprung och verkan i det gamla formella beviset.

Man kan tycka att fastän värjemålseden avgjorde saken, detta inte behövde hindra domaren från att pröva rättsfrågan. Han kunde väl pröva rättsfrågan innan han formulerade edstemat, och låta endast konkreta fakta bli till föremål för ed, och sedan låta det rättsligt kvalificerade temat vara en samlingsbeteckning på fakta, som han dessförinnan kontrollerat och funnit rättsligt relevanta. Detta är visserligen i och för sig riktigt, men av doktrin och praxis från denna tidsperiod framgår att man inte hyste några betänkligheter mot att låta rättsligt kvalificerade omständigheter utgöra föremål för ed, såsom att en ”gäldenär icke avhänt sig egendom till borgenärernas förfång”, eller att

⁵⁷ Engströmer s 136. Se också Kallenberg II s 567 och 642.

⁵⁸ Att ÄRB 17:29 första punkten ... ”tu vittnen” ... också gällde själva målet framgår av jämförelsen med punkt två i samma lagrum, där det ju sägs att ett vittne om själva målet inte gäller för mer än halvt bevis. Se Kallenberg II s 642.

⁵⁹ Afzelius: Om parts ed s 119.

en borttappad sak "tillhör" upphittaren.⁶⁰ Likadant i praxis, och så sent som under 1800-talet och början av 1900-talet. Vi hittar där edsteman som att någon "köpt", "sålt", "lånat", "handlat som ombud" och överfallit någon i och för "tjänstebefattning".⁶¹ Uppfattningen att värjemålseden inte är att avgöra själva saken, utan att skaffa bevis om faktiska omständigheter, verkar att ha slagit igenom först vid 1900-talets början.⁶²

Det bör dock påpekas att begrepp som "köp", "lån" och "sålt", visserligen har en närmare avgränsad juridisk betydelse, men att dessa begrepp används av oss dagligen, och har en så pass bestämd innebörd, att den juridiska innebörden i de flesta fall är identisk med den populära betydelsen. Det finns emellertid gränfall, och vill domaren vara säker på att det som en part uppfattat som tex "köp", enligt gällande rätt också är ett "köp", bör han inte utan vidare låta eden omfatta själva rekvisitet. Och det framstår definitivt som olämpligt att låta eden omfatta ett begrepp som "tjänstebefattning", som betydligt mer uttalat än "köp" har en speciell juridisk betydelse.

Men varför ställde lagen även vittnesutsagor direkt i relation till "själfva målet"? Eftersom vittnen — åtminstone enligt vad doktrinen säger — avgav fria berättelser om vad de iakttagit⁶³ — bör väl domaren ha blivit tvungen att subsumera omvittnade fakta under rättsbegrep-

⁶⁰ Nehrman s 295 och 299. Exempel på rättsligt kvalificerade edstemata finns också hos Abrahamsson tex s 354, "att på god tro således är betingat och betalat", "att han utan argan list för sig och ingen annan bördar" (det handlar om köp och försäljning av bördsjord).

⁶¹ Afzelius: Om Parts ed s 118 not 2. Av intresse i förevarande sammanhang är även Vendels sockens domsböcker för åren 1736-37. Där finns exempel på edsteman som att gäldenär inte är *skyldig* att betala viss skuld (s 50), att *arv* ej ägt rum (s 90) och att egendom *tillhör* viss person (s 182). Det kan här påpekas att den sk bjudna eden enligt Nehrman s 294 inte formulerades av domaren utan av part.

⁶² I NJA 1913 s 274 tilläts part inte avlägga ed på att "bologsavtal" inte förelåg med motiveringen att det rättsliga omdömet i så fall skulle tillkomma parten. Edens förskjutning från rättspåståenden till fakta verkar ha gått långsamt. Vad angår frågan om ett edgångsbeslut kunde avse en viss faktisk punkt i ett saksammanhang, utan att målet samtidigt villkorligt avgjordes, finns delade meningar: Jakande Afzelius a a s 124, nekande Kallenberg II s 944. Eden fick, som framgått, endast avse ett rättssfaktum. Jfr här de svårigheter som måste uppstå om man utgår ifrån att ett och samma faktum kan ha olika funktioner, tex vara både bevis- och rättsfaktum, se härom avsnitt 1.3.2.

⁶³ Engströmer s 230, Kallenberg II s 646. 1734 års lag utgår ifrån att vittnena själva skall ha iakttagit det omvittnade faktumet. I annat fall saknar vittnesutsagan bevisvärde, Engströmer ast och Kallenberg a a s 642. Ett undantag från denna regel utgör ÄRB 17:24 där hörsägen godtas.

pen? Utvecklingen från ett normerat bevisstema till fria berättelser borde alltså ha framtvingat "subsumtionsmodellen". Denna slutsats är dock inte tvingande. Tvärtom finns en hel del som talar för att detta inte var avsett i lagen.

Att *lagen* ställer bevismedlen i relation till målet beror enligt min bedömning på att *syftet* med den legala bevisteorin — att värna om rättskipningens säkerhet — i annat fall inte skulle ha kunnat realiseras. Om nämligen domaren haft rätt att bryta sönder rekvisit (tex "förfång", "köp", "lån") i konstituerande fakta och göra dessa till särskilda bevisstemat, skulle han genom att sönderdela rekvisiten i ett större eller mindre antal fakta, ha kunnat frigöra sig från den legala teorins band. Om nämligen domaren haft möjlighet att dela upp ett rekvisit på tex fem konstituerande fakta, så hade ju — om vi utgår från användningen av vittnesbevisning — två vittnen inte varit tillräckligt. Det hade i sådant fall, om fakta varit av självständig karaktär, erfordrats minst tio vittnen. Räknar vi desutom med motbevisning kan antalet fördubblas. Genom att uppdelade rekvisiten på konstituerande fakta skulle sålunda domaren tämligen godtyckligt ha kunnat ointetgöra parts bevismöjligheter. En sådan uppdelning skulle alltså ha motverkat syftet bakom den legala bevisteorin, att genom bevisreglerna åstadkomma förutsägbarhet och likabehandling. Genom en uppdelning skulle på en omväg detta syfte ha motverkats. Nu säger emellertid *lagen* uttryckligen att två vittnen utgör fullt bevis för "själva målet". Denna formulering kan man inte gärna tolka på annat sätt än att en sådan uppdelning som här beskrivits inte kan ha varit avsedd att utgöra ett normalt inslag i rättskipningen.⁶⁴

⁶⁴ *Lagen* ställde som framgått bevisningen i relation till rättsfakta. Enligt Kallenberg II s 567 måste emellertid lagstiftaren ha förstått — och även menat — att också indicier kan behöva bevisas. För bevisningen av dessa gällde enligt Kallenberg samma bevisregler som för rättsfaktum. Detta innebär att, ifall vittnesbevisning var aktuell, det fordrades två vittnen för att ett indicium skulle anses fullt bevisat. Ett indicium utgjorde emellertid endast ett halvt bevis. Enligt Kallenegrs resonemang skulle m a o krävas full bevisning för ett halvt bevis. Men inte nog med detta. Kallenberg synes mena a a s 568, att hjälpfakta skulle bevisas enligt samma regler. Detta är emellertid inte allt. Kallenberg diskuterar nämligen endast en uppdelning på bevissidan. I texten ovan har diskuterats huruvida en uppdelning av rättsfaktum var avsedd. Räknar vi med en sådan sväller systemet ytterligare. Vi får då ett flertal rättsfakta som var för sig kräver full bevisning. Härtill kommer sedan — om Kallenberg har rätt — full bevisning av indicier och hjälpfakta enligt samma regler. Enligt argumenteringen i texten ovan kan en sådan fragmentering inte ha varit avsedd att utgöra ett normalt inslag i rättskipningen. Vid not 96 nedan kommer emellertid att framgå, att det faktiskt förekom en uppdelning på rättsidan. Möjlighetvis förekom en sådan också på bevissidan. De båda sidorna borde ju rimligtvis följas åt.

Det kan förefalla som om bevisningens inriktning, om den nu var inriktad på "själva målet", borde ha inneburit rena komedin på rättslig prövning. Om parter och vittnen tilläts uttala sig om rättsligt kvalificerade omständigheter, som tex "köp" och "förfång", kom ju det rättsliga omdömet att fråntas rätten. Man skall emellertid komma ihåg att lagstiftningstekniken i 1734 års lag i huvudsak är *kasuistisk*, dvs uppräknande och beskrivande.⁶⁵ Och då lagen i huvudsak refererar till iakttagbara fakta kommer i regel inte någon märkbar rättslig kvalificering att ligga i beskrivningarna av de fakta till vilka rekvisiten hänvisar.⁶⁶ Följande exempel får illustrera den kasuistiska tekniken i 1734 års lag:

"Faller annans mans hus, tak eller vägg, eller skorsten neder, och slår någon til döds; vare vådabot tiugo daler, målsägandens ensak. Samma lag vare, ther någon får död af annans mans ogilda bro, eller faller i annan mans brunn, som ej hölgd elfter eller inbyggd är; eller leger man ut ogildt fartyg. Är man förut varnad; böte halv mansbot."⁶⁷

I motsats till den kasuistiska lagstiftningstekniken står den *abstrakta* eller *syntetiska*, vilken används idag.⁶⁸ En jämförelse av ovanstående regel i Missgärningsbalken (kap XXIX § 3) med närmast motsvarande stadgande av idag kan vara av intresse. Jag väljer här BrB (Brottsbalken) 3:7, fastän även någon regel i skadeståndslagen kan vara relevant.

"Den som av oaktsamhet orsakar annans död, dömes för vållande till annans död till fängelse i högst två år, eller om brottet är ringa till böter."

⁶⁵ Se Wessén: Svenskt Lagspråk s 37: "Åskådlighet i skildringen av de faktiska förhållandena, som berörs av lagbuden, är utmärkande för 1734 års lag, ett arv från dess föregångare".

⁶⁶ Jfr Westman: Häradsnämnd s 15, som angående rättskipningen på 1600-talet säger, att en sammanblandning i sak- och rättsfråga låg nära till hands vid ett rättssystem med fasta straffsatser och kasuistisk uppställning. Av samma uppfattning Edling: Sakfrågan och rättsfrågan vid 1600-talets rättskipning på upplandsbygden (SvJT 1928) s 165. Att lagen är beskrivande hindrar emellertid inte att man *teoretiskt* kan utföra distinktionen ifråga. Tvärtom, en beskrivande lag gör faktiskt detta lättare, se härom avsnitt 10.3.2. I *praktiken* kommer emellertid fastställande av fakta och subsumtion av fakta under rättsatser lätt att flyta ihop om lagen beskriver rättsfakta med det gängse vardagsspråket.

⁶⁷ Missgärningsbalken § 3.

⁶⁸ Termen "syntetisk" används av Agge: se Straffrättens allmänna del s 133. Termen "abstrakt metod" används av Elwin: Den första stenen s 87.

Den abstrakta tekniken är som synes mer generell.⁶⁹ Alla de situationer som uppräknas i det citerade stadgandet i Missgärningsbalken faller språkligt under lokutionen "orsakar annans död" i BrB 3:7. Men under denna lokution faller även en mängd andra händelser. Dessa är emellertid inte uppräknade i regeln.

Hade lagstiftningstekniken i 1734 års lag i stället varit abstrakt, hade det uppenbarligen varit mycket mer betänkligt att låta bevismedlen vara inriktade direkt på rekvisiten. Med kasuistisk teknik blir en sådan ordning inte lika problematisk eftersom de kasuistiska rekvisiten i allmänhet refererar till iakttagbara händelser och tillstånd, vilkas beskrivning, i vart fall inte i någon mer betydande omfattning, innefattar rättsliga kvalificeringar.

Enligt den tidigare framförda uppfattningen är grundtanken i 1734 års lag, att bevismedlen skall vara rättsrealiserande. Det skall inte finnas någon "skarv" mellan bevis och rätt, som ger domaren möjlighet att pröva om bevisade fakta kan subsumeras under rekvisiten, och rekvisiten skall inte heller — om de är obestämda — få uppdelas i konstituerande fakta. Subsumtion kan ju, vad beträffar det förstnämnda fallet, bli aktuell även om rekvisiten är beskrivande. Det kan ju t ex ha klarlagts att Andersson ramlat ner i Petterssons icke inbyggda brunn, varvid händelseförloppet passar till rekvisiten. För att det inte skall föreligga någon skarv mellan bevis och rätt måste alltså förbudet att sönderdela rekvisiten kombineras med ett förbud för domaren att göra analogi och reduktionsslut. Vissa uttalanden tyder på att domaren var starkt bunden vid lagen och inte fick utföra denna slags rättstillämpning.⁷⁰

Det är också konsekvent med Nehrmans yttrande angående rädslan för det fria domarskönet, att domaren inte fick göra analogi- eller reduktionsslut. Vad skulle man i så fall ha haft för glädje av en legal bevis teori som "binder händerna på alla orättvisa domare", om domstolen hade rätt att frånga lagens ordalydelse. I förklenande ordalag benämns också den medeltida domaren som en teknisk maskin, en "lagläsare",

⁶⁹ Angående denna teknik och dess konsekvenser för rättstillämpningen, se t ex — förutom ovan nämnda arbeten — Agge: Abstrakt norm och konkret verklighet, s 14 ff och Thornstedt: Domaren och straffbudet s 10 ff.

⁷⁰ Se Almquist: Domarregler från den yngre landslagens tid s 24: "Lagen gillar icke allt det som hon icke straffar, ty all misshandel kan inte uppräknas i lagboken." Se också a a s 46: "Ifrån beskriven lag skall ingen domare gå och efter uppdiaktad rätt och eget huvud döma någon i sak." Jägerskiöld s 267 säger: "En mera snäv rättskällelära framträder tydligt i Svea Hovrätt alltifrån mitten av 1680-talet ... Samtidigt godtogs en strikt bokstavstolkning som härskande lära." Jfr även Sundberg s 102 f.

som endast behövde räkna vittnen och läsa i lagen för att se hur domen skulle falla.⁷¹ Att den legala bevisteorin så utförligt reglerar bevisningen, och tom låter frågan om part skall avlägga värjemålsed bli föremål för särskilt beslut som kan överklagas,⁷² får anses vara en konsekvens av bevismedlens inriktning på själva målet. Det är nämligen självklart att ifall rätten är åtkomlig med bevismedlen dessa måste omgärdas med noggranna föreskrifter till skydd mot missbruk. Även de omfattande vittnesjäven kan ses mot denna bakgrund.

Att rättskipningen skulle ha varit så rigid vid tidpunkten för 1734 års lag som den ovan tecknade bilden ger vid handen kan verka otroligt. Jag vill emellertid påpeka att de ovan anförda teserna hänför sig till det uttalade syftet bakom den legala bevisteorin, samt till lagens konstruktion och de konsekvenser som denna konstruktion får med avseende på bevistemat. I praktiken kanske en uppdelning av bevistemat gjordes, och kanske gjordes även analogi och reduktionsslut. Det sistnämnda torde dock ha skett företrädesvis i överrätterna, vilka hade rätt att arbitrera d v s att avvika från skriven rätt eller praxis, något som underrätterna inte hade befogenhet att göra.⁷³ För att få en uppfattning om rättspraxis har jag studerat gamla domsböcker. Tyvärr är domarna knapphändiga, och märkligt nog har jag inte stött på så många fall med vittnesbevisning. Mestadels har värjemålsed använts. Följande tre fall med vittnesbevisning hämtade från Vendels sockens domsböcker 1736-37 kan dock vara av ett visst intresse.

Ex 1. "Johan Larsson i Walla, som af länsmannen Gabriel Wretberg war instämd för det han warit drucken, nekade fuller der till; men *emedan* länsmannens edeligen afhörde vittnen Jan Ersson på Åhsen och Pär Pärsson i Mämsta intygade, att dee sågo honom wara drucken på vägen wid Labärga; Ty bör jemwäl han derföre böta sina 5 daler silfwermynt, argumentum Kongl. Maj: tts nådigaste förordning om swalg och dryckenskap af åhr 1733."⁷⁴

Ex 2. I ett skattemål är en bonde tilltalad för att "ha dölgt sex skylar korn undan tijonde räkningen". Två vittnen redogör för vad de iakttagit, och avslutar sina berättelser med att påstå att bonden "sökt att försnilla wederböranddom den dehl och rätt, som dem tillkommer".⁷⁵

⁷¹ Almquist: Processrättens historia s 44.

⁷² Afzelius: Om parts ed s 125.

⁷³ Jägerskiöld s 275.

⁷⁴ Vendels sockens domsböcker s 1736-37 s 108 (min kurs).

⁷⁵ A a s 80.

Ex 3. I ett mål där man för talan mot hustru för lägersmål med annan före äktenskapet redogör ett vittne för sina iakttagelser. Vittnet avslutar sin berättelse på följande sätt: "Men om dee bedrefwo någon *otukt* med hwar annan, sade hon sig intet wetta eller kunna säga".⁷⁶

I målet om dryckenskap är direktkopplingen mellan bevis och rätt uppenbar. Vittnena säger tydligen inte varför de ansåg Larsson vara drucken, men "emedan" de påstår att de sett honom drucken blir han sakfälld. Idag vore ett sådant förfarande otänkbart. Domaren skulle efterfråga anledningen till att de ansåg honom vara drucken. Domsböckerna ger emellertid även exempel på att vittnen i mål om dryckenskap lämnat utförliga berättelser, av vilka det tex framgått att den tilltalade raglat.⁷⁷ Att sådana detaljer finns med i berättelserna behöver dock inte betyda att rätten frågat efter dem. Uppgifterna kan ha lämnats spontant och sakna juridisk relevans. Det är naturligtvis också möjligt att vittnena i dryckenskapsmålet sagt att de sett Larsson ragla, men att detta utelämnats i domen. Även om vittnena skulle ha sagt detta är emellertid domen så avfattad, att den verkar ge besked om att vittnenas påstående, att de sett honom vara drucken, ansetts vara relevanta.

Beträffande de övriga två målen avslutar vittnena resp vittnet berättelsen med rättsligt kvalificerade omdömen. "Otukt" är ju ett begrepp som vi idag menar har en närmare avgränsad juridisk innebörd. Men i otuktsmålet verkar rätten rent av fråga efter omdömet; "sade hon sig intet wetta..." Vad angår ex 2 säger vittnena att han sökt "försnilla" etc. Närmast motsvarar denna beskrivning vad vi idag kallar förskingring, vilket begrepp har en närmare avgränsad juridisk innebörd. På motsvarande sätt som beträffande dryckenskapsmålet kan man anta att eftersom vittnesutsagorna i skattemålet och otuktsmålet medtagits, även såvitt de omfattar juridiskt kvalificerade omständigheter, de ansetts äga relevans också i detta avseende.

Jag påpekade vid genomgången av rättsutvecklingen under landskapslagarnas tid, att de då knappast skiljde mellan begrepps betydelse enligt allmänt resp juridiskt språkbruk, och att "subsumtionsmodellen" säkerligen var okänd för dem. Det är troligt att rekvisiten också vid tidpunkten för 1734 års lag betraktades som odelbara naturliga stor-

⁷⁶ A a s 20. (Ett vittne var ju ej tillräckligt varför uppskov meddelades i målet i avvaktan på ytterligare utredning).

⁷⁷ A a s 20.

heter. Visserligen har på 1700-talet tillkommit en del juridisk doktrin, men denna är ganska sparsam.⁷⁸ Och kanske förhindrade den legala bevisteorin att en närmare analys av rättsbegreppen kunde företas. Det verkar nämligen rimligt att tro att en analys av rättsbegrepp fordrar ett undersökande sönderdelande instrument — den materiella bevisteorin — och bevissystemet vilade endast till viss del på denna bevisteori i 1734 års lag.

Den tes som ovan uppställts att rekvisit m h t syftet med den legala bevisteorin inte kunde uppdelas, är emellertid riktig endast om man förutsätter att det legala bevissystemet kraftigt beskar domarens frihet vid bevisvärderingen. Om det däremot faktiskt förhöll sig så, att det fanns ett betydande mått av frihet vid bevisvärderingen, stämmer inte det ovan anförda. Det finns därför skäl att närmare undersöka innebörden och betydelsen av den legala bevisteorin. Rådde trots allt en stor frihet vid bevisvärderingen kan ju rekvisit ha delats upp och det likväl räckt med tex två vittnen.

Särskilt två regler i 1734 års lag har ansetts ge uttryck åt legala bevisvärdereregler, nämligen ÄRB 17:29 och 17:30, vilka här återges in extenso:

ÄRB 17:29

”Tu vitne äro fullt bevis, ther i the sammanstemma. Ett vitne om sielfva målet gälle ej mer, än för halvt bevis; och tå bör then som käres til, med ed sig värja. Är han ej af then frågd, at thet honom tillåtas kan; tå må han ej til saken fällas.”

ÄRB 17:30

”Ther uppenbart, och på sannelika skiäl grundadt rychte, eller andra bindande omständigheter och liknelser äro mot then, som tiltales; må ock Domaren värjemåls ed ålägga. Men ej må thet ske, utan i nödfall, och ther sanning ej annars utletas kan. Går saken å lif; tå bör ej till värjemåls ed dömas.”

Enligt ÄRB 17:29 är två vittnen fullt bevis, om de sammanstämmer. ÄRB 17:30 behandlar indicier och säger att dessa inte utgör fullt bevis. I praxis gjordes emellertid nästan från början undantag från sistnämnda regel, varvid så småningom indicier kom att tillmätas fullt bevisvärde.⁷⁹ Från början gjorde man, enligt Almquist, undantag för det subjektiva rekvisitet i brottmål. I civila mål och lindrigare brottmål ålades värjemålsed. När det gällde grövre brottmål tilläts ej sådan ed,

⁷⁸ Se härom allmänt Almquist: Svensk juridisk litteraturhistoria, Stockholm, 1946.

⁷⁹ Almquist: Processrättens historia s 50, Stening: Bevisvärde s 29.

vilket fick till följd antingen frikännande, eller att saken lämnades åt framtiden för att ånyo tas upp ifall ny bevisning framkom. Grova brottslingar kunde härigenom gå fria, vilket var äventyrligt ur rättssäkerhetssynpunkt.⁸⁰ För att motverka detta tilläts till att börja med att ett vittne kompletterades med indicier, varvid fullt bevis uppnåddes.⁸¹ Och år 1871 togs steget fullt ut, då en man dömdes för mord enbart på indicier.⁸²

När det sedan gäller ÄRB 17:29, kan man fråga sig om domaren alltid var tvungen att godta två vittnen som fullt bevis, eller om det fanns något utrymme för en värdering av vittnesutsagorna. I sammanhanget är följande regler av intresse:

ÄRB 17:20:

”Kärandens vitnen skola först höras, om the tilstådes äro, och sedan svarandens: är enthera parten borto, och viser ej rätta förfall; tå må han som när är, låta afhöra sina vitnen, om han vil och domaren ej finner them jäfachtiga vara. Äro vitnens utsagor mörka eller stridiga; tå måge vitnen af Domaren till förhör ställas emot hvarannan, at sanning ther med utleta: och äge sedan then parten vitsord, som bästa vitnen hafver, the ther klarasta skiäl och omständigheter vid handen gifva. Äro å båda sidor jämgode bevis och vitnen; tå gällen the, som svaranden värja, förty at Domaren äger helre fria, än fälla.”

ÄRB 17:25:

”Nu kunna vitnen förekomma, som särskilt hvar för sig, och ej tillika, något sedt eller hört; utlete tå Domaren, hvar i the sammanstemma, eller them i omständigheterna skiljer åt: och pröfve sedan, hvad verkan theas vitnesbörd äga kan.”

ÄRB 17:26:

”Skrifteligt vitnesbörd äge ej vitsord, utan parterne å båda sidor hålla thet gildt, eller thet besvurit varder. Är vitne i sin utsago ostadigt, äntå at Rätten gifver thet rådrum, at sig väl betäncka, och säger nu ett, nu annat, nu jakar och nu nekar thet samma; thet bör ej gälla.”

ÄRB 17:20 handlar bl a om motbevisning och det förefaller alldeles klart att regeln medgav fri bevisvärdering när vittnesbevisning stod mot vittnesbevisning. Stening menar emellertid att den principiella tankegången bakom regeln, att ”mörka” eller ”stridiga” vittnesmål medgav fri bevisvärdering, bör ha kunnat beaktas även när det inte var frågan om motbevisning.⁸³ Då regeln uttryckligen reglerar motbevis-

⁸⁰ Almquist a a s 50.

⁸¹ SOU 1926:32 s 25.

⁸² Almquist: Processrättens historia s 50, Stening: Bevisvärde s 29.

⁸³ Stening, Bevisvärde s 26.

ning förefaller det dock enligt min mening djärvt att påstå, att den analogt tillämpades på andra fall än motbevisningsfallen. Däremot kom regeln snart i praxis att uppfattas så, att fri bevisvärdering var tillåten så snart motbevisning förekom mot två vittnens utsagor. Och då i nästan varje mål där två vittnen förekom, motbevisning kunde uppletas, befriades på detta sätt domaren från den legala teorins band.⁸⁴

ARB 17:25 verkar medge fri bevisvärdering om vittnen inte gjorde sina iakttagelser ungefär samtidigt — ”tillika” — och så tolkas regeln av Stening.⁸⁵ Enligt Engströmer är emellertid bakgrunden till regeln att man skiljde mellan vittnesmål contestas och testes singulares.⁸⁶ Om det omvittnade faktumet var en enstaka, relativt hastigt övergående händelse, ansågs vittnena contestas och utgjorde fullt bevis.⁸⁷ Var det omvittnade faktumet däremot ett tillstånd eller en händelse, som sträckte sig över en längre tid, blev tillämpningen av regeln problematisk. Man ansåg här att vittnena var contestas om de ”successive kommit till att åskåda samma actum”.⁸⁸ Rörde det sig om skilda fakta betraktades vittnena som testes singulares.⁸⁹ Som Engströmer framhåller kommer det därvid an på uppfattningen beträffande kriteriet på enheten hos ett faktum om vittnen skall anses som contestas eller inte.⁹⁰ Hur den ifrågavarande gränsen skall dras anges dock inte i lagen, och då gränsen i många fall torde ha fått dras skönsmässigt fick domaren härigenom ett visst manöverutrymme; halvt eller fullt bevis berodde på hur domaren drog gränsen mellan vittnesmål contestas och testes singulares. Det är emellertid väsentligt att i detta sammanhang påpeka att detta manöverutrymme inte låg inom den fria bevisvärderingens område. Här rör det sig i stället om *rättstillämpning*: Vilken innebörd skall ges åt *rekvisitet* ”tillika” i den legala bevisvärderegeln?⁹¹ Vad domaren sålunda hade att göra ifall vittnen inte gjort sina iakttagelser ungefär samtidigt, var att genom rättstillämpning bestämma om vittnena skulle anses som contestas eller testes singulares. Och vid denna

⁸⁴ SOU 1926:32 s 25.

⁸⁵ Stening: Bevisvärde s 27.

⁸⁶ Engströmer s 233, med hänvisning till förarbetena till 1734 års lag.

⁸⁷ A a s 233.

⁸⁸ A a s 235.

⁸⁹ A st 235, Kallenberg II s 644.

⁹⁰ Engströmer s 235. Se också Krüger s 70 ff.

⁹¹ Patermann s 23: ”Nach Ansicht der formalen Beweislehre war Tatsachenermittlung Rechtsanwendung, rechtliche Subsumtion”.

prövning var domaren bunden av de — om än vaga — rättsgrundsatser vilka utarbetats som kriterier för distinktionen ifråga. Sedan domaren avgjort den ifrågavarande gränsdragningsfrågan bör resultatet — halvt eller fullt bevis — ha utfallit automatiskt. Någon fri *bevisvärdering* kan det således i detta sammanhang inte sägas ha rört sig om.

Konstruktionen av vittnen testes singulares och contestas är vidare ett belägg för att det trots allt ansågs förenligt med den legala bevisteorin *som sådan*, att dela in en händelse eller ett tillstånd i olika deltemata och låta varje avsnitt vara ett särskilt bevistema. Som jag ovan påpekat kan dock en sådan uppdelning av temat (rekvisiten) inte anses stå i harmoni med *ändamålet* bakom den legala teorin och det sätt på vilket den kommit till uttryck i ÄRB. Jag återkommer nedan snart till detta.

Återstår då ÄRB 17:26, som säger att ett vittne som i sin utsago är ”ostadigt” inte bör gälla. Stening säger att det är rimligt att uppfatta ifrågavarande regel på så sätt, att vittnesmålet inte godtogs på de punkter där vittnet visat kvalificerad ostadighet.⁹² Stadgandets ordalydelse anger dock att vittnesmålet är odelbart. Antingen får det i sin helhet godtas eller förkastas. Så uppfattas också stadgandet av Gärde som säger att ”är vittnet i sin utsago ostadig, så fränkännes det all verkan som bevis”.⁹³ Och Engströmer säger angående denna regel: ”...budet i RB 17:26, att behandla en ostadig utsaga såsom utan hvarje verkan efterföljs noggrant ...”⁹⁴ Engströmer tillägger fö att praxis, även utanför gränserna för de ostadiga utsagorna, är benägna att tillämpa regeln allt eller intet.⁹⁵

Att ett vittnesmål ansågs odelbart innebär dock inte att Stening behöver ha fel när han säger att det är rimligt att uppfatta stadgandet så, att vittnesmålet inte godtogs på de punkter där vittnet visat kvalificerad ostadighet. Som vi nämligen sett ovan beträffande distinktionen mellan vittnesmål contestas och testes singulares låg bakom denna, tanken att olika utsnitt i ett händelseförlopp — olika självständiga fakta — skulle utgöra särskilda bevistemata. Innebörden härav är bl a att en och samma vittnesutsaga kunde godtas beträffande ett faktum men förkastas — tex på grund av ”ostadighet” — beträffande ett annat faktum. För

⁹² Stening: Bevisvärde s 26.

⁹³ Gärde: Minnesskrift tillägnad 1734 års lag, del 1, s 396.

⁹⁴ Engströmer s 240.

⁹⁵ A st.

varje punkt i ett saksammanhang krävdes, som ovan framgått, full bevisning.⁹⁶

Av avgörande betydelse för diskussionen om delbarheten är, som kanske framgått, frågan huruvida *bevistemat* var odelbart eller inte. Ställdes bevisningen i relation till hela försatsen i rättsregeln och denna betraktades som en odelbar enhet, följer härav, att *tex en vittnesutsaga* inte kunde delas upp på olika punkter, där den godtogs beträffande ett moment, men förkastades beträffande ett annat moment. Kunde nämligen temat inte delas blev rimligtvis konsekvensen att inte heller bevisningen kunde delas. Lagtextens formulering talar för att *bevistemat* skulle vara odelbart, eftersom den sätter bevisningen i relation till själva målet. För det odelbara temat talar också att ändamålet bakom den legala bevisteorin, att värna om rättskipningens säkerhet, i annat fall skulle bli svårt att realisera. För klart är nämligen att om temat får delas upp, två vittnen inte längre räcker annat än som tillräcklig bevisning för en faktisk punkt. Och om domaren vill kan han då, som tidigare berörts, tämligen godtyckligt omintetgöra parts bevismöjligheter genom att dela upp temat på en mängd punkter, vilka var för sig kräver full bevisning. Jag tror också att uttrycket full bevisning i det allmänna föreställningssättet associerats med full bevisning för själva målet, och inte blott för en faktisk punkt i ett saksammanhang.

Anser man däremot att temat inte är enhetligt utan får delas upp, följer härav också att bevisningen får delas upp på de punkter som temat preciserats mot. Det delbara temat kräver delbar bevisning. Även om temat delas kan emellertid bevissystemet fortfarande vara legalt, men bevisvärdet graderas i så fall inte fritt, utan *tex två vittnen* är antingen inget bevis, halvt bevis, eller fullt bevis. Konstruktionen av *testes singulares* och *contestas* tyder på att temat kunde delas upp. Jag tror emellertid inte, av skäl som tidigare nämnts, att en vittgående uppdelning av temat kan ha varit åsyftad.

Om man nu betraktar det legala bevissystemet mot bakgrund av det anförda kan följande sammanfattningsvis sägas. Domaren var förpliktad att ogilla ett anspråk om endast ett vittne fanns i målet, eller om

⁹⁶ Se också Patermann s 51 f: "Beim Beweis einer Tatsache, die aus einer Mehrheit einzelner Handlungen und Gegebenheiten besteht, trifft häufig der Fall ein, das nicht alle Zeugen über jede einzelne Handlung unterrichtet sind, sondern der eine Zeuge die, der andere das bekundet — Die gemeine Lehre halten ebenso wie beim künstlichen Beweis die Ansicht vertreten, das den Richter nie einen vollständigen Beweis annehmen dürfe und Bestenfalls auf einen Ergänzungsseid erkennen könne. Noch bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts folgten nahmhafte Prozessualisten dieser Lehre."

blott indicier fanns, och han var vidare förpliktad att acceptera verkan av parts edsavläggelse, allt detta oavsett om han var övertygad om faktums existens eller ej. Detta är den legala teorins negativa sida. De nämnda reglerna kunde tvinga domaren att döma mot sin övertygelse. Men den legala regleringen innehåller också positiva regler av stor betydelse, vilka ger domaren en mer eller mindre utsträckt prövningsrätt, t ex ger ÄRB 17:25 domaren viss möjlighet att skönsmässigt avgöra om två vittnen skall anses utgöra halvt eller fullt bevis, och förekom motbevisning med gav ÄRB 17:20 fri bevisvärdering.

Lagen anger således att två vittnen utgör fullt bevis, men kan av förklarliga skäl inte genom en fullständig uppräknings ange *när*, d v s under vilka förutsättningar, två vittnen utgör fullt bevis. Är ett vittne "ostadigt" fränkänns det allt värde som bevis, men när ett vittne skall anses ostadigt anges inte i lagen. Det måste därför ha ankommit på domaren att genom en tämligen fri prövning avgöra huruvida ostadighetsrekvisitet var tillämpligt. Och hade vittnena inte gjort sina iakttagelser "tillika" utgjorde de inte fullt bevis, men när vittnen skall anses ha gjort sina iakttagelser "tillika" anges inte i lagen och det måste därför ha ankommit på domaren att genom en tämligen fri *rättstillämpning* utföra gränsdragningen ifråga. På motsvarande sätt anger lagen att indicier utgör halvt bevis, men den talar inte om *vilka* indicier som har detta värde. ÄRB 17:30 talar endast om "uppenbart, och på sannelika skiäl grundadt rychte..." Då lagen inte anger vilka omständigheter som borde beaktas och om dessa hade ett sannolikhetsvärde uppgående till ett halvt bevis måste det rimligtvis ha ankommit på domaren att fritt ta ställning till vilka omständigheter som borde beaktas och om dessa hade ett sannolikhetsvärde uppgående till ett halvt bevis. Vad lagen däremot i klartext säger är att *resultatet* av denna prövning måste uttryckas i termer av fullt bevis, halvt bevis eller inget bevis alls. Den säger sålunda inte att t ex två vittnen automatiskt utgör fullt bevis.

Så tillvida är jag alltså enig med Stening, att den legala bevisteorin inte var så formalistisk som vi väl vanligen föreställer oss. Man förmedlar en felaktig bild av bevissystemet i 1734 års lag när man t ex säger att "domarens befattning med bevisprövningen inskränkte sig till en enkel mekanisk räkneoperation",⁹⁷ eller att förfarandet lika gärna kunde vara skriftligt eftersom bevisningen bedömdes efter en på förhand uppgjord norm.⁹⁸ Vad man i sammanhanget lätt synes glömma bort

⁹⁷ Almquist: Processrättens historia s 44.

⁹⁸ Kungl Maj:ts prop nr 80 (1931) s 94.

är att normer måste tolkas och att det ligger ett manöverutrymme för domaren i denna tolkning av rekvisiten i de legala bevisvärdereglerna. Rekvisitet "tillika" är ett gott exempel härpå. Vidare synes man inte ha beaktat att den legala bevisteorin som sådan inte synes ha krävt ett odelbart tema. Och då temat kunde delas upp på olika punkter gavs även här ett manöverutrymme för domaren. Trodde domaren inte på tex två vittnen borde det i vissa fall ha varit möjligt för honom att betrakta utsagorna som bevis endast för en viss faktisk punkt i sammanhanget och inte för hela målet.

Den frihet som domaren hade låg emellertid, om det ovan sagda är riktigt, inte på bevisvärderings- utan på rättstillämpningsplanet, dels beroende på att legala bevisvärdereregler är rättsregler, och dels därför att preciseringen av en rättssats mot olika relevanta punkter också hör till rättstillämpningen. Åtminstone ur rent teoretisk synpunkt bör detta system ha medfört i stort sett *samma resultat* som ett system med fri bevisvärdering, nämligen att — om vi nu bortser från teorins negativa sida — domaren inte behövde döma mot sin övertygelse.

Med den nu anförda ståndpunkten kan man betrakta halvt och fullt bevis som *beviskravsregler* i stället för som — vilket är den förhärskande uppfattningen — bevisvärdereregler.⁹⁹ Två vittnen är ju inte automatiskt fullt bevis, utan härför krävs bl a att vittnena är contestas och att de inte i sina utsagor är ostadiga. Och i vart fall frågan om ostadighet måste ha prövats helt fritt av domaren. Vad sedan gäller frågan *hur stark* bevisning som erfordras anger lagen "fullt bevis". Men värderingen av en utsaga att den inte är "ostadig" kommer logiskt före ställningstagandet till frågan om full bevisning; tu vittnen är, vill jag inskräpa, inte automatiskt full bevisning. Värderingen av utsagorna sker således mot måttstocken full bevisning, men bevisvärdet kan inte graderas, utan resultatet av värderingen måste jämföras med beviskravet fullt bevis, varvid antingen utsagorna får anses utgöra fullt bevis, halvt bevis eller inget bevis alls. På motsvarande sätt förhöll det sig med värderingen av indicier. För att dessa skulle få beaktas gällde beviskravet "halvt bevis", och det var en värderingsfråga om de uppgick till halvt bevis eller inte. Resultatet av bedömningen fick på samma sätt här inte uttryckas på annat sätt än genom halvt bevis eller inget bevis alls.

Skillnaden mellan den reglering som vi möter i 1734 års lag och den

⁹⁹ Se emellertid Lindblom SvJT 1977 s 284, som säger att ÄRB 17:29 närmast skulle ha varit en bevisbörderegler.

reglering vi har idag, blir med den ovan anförda ståndpunkten inte så betydande. En skillnad blir att 1734 års lag endast räknade med ett egentligt beviskrav för rättsfaktum, nämligen ”fullt bevis”, medan vi idag ha flera olika beviskrav tex ”antagligt”, ”sannolikt”, ”styrkt” och ”uppenbart”.¹ Det skall dock erinras om att ”styrkt” enligt Ekelöf anses vara ett normalkrav på bevisningens styrka,² och man skulle kunna hävda att den fria bevisvärderingen i stort sett endast inneburit att normalkravet ändrats från fullt bevis till styrkt. En annan sak är att domaren idag vid sin värdering inte är bunden till vissa kunskapskällor. Denna skillnad har emellertid med bevisföringen och inte med bevisvärderingen att skaffa. Ytterligare en skillnad är att domaren idag får gradera bevisningens styrka i decimaler om han så vill. Enligt 1734 års lag var domaren tvungen att uttrycka resultatet av sin bevisvärdering i termerna inget bevis, halvt bevis och fullt bevis. Idag får, som vi sett, resultatet uttryckas i fler termer. Men observera att om man *föreskriver* att resultatet av bevisvärderingen måste uttryckas i de ovan angivna termerna, domaren inte blir fri att uttrycka resultatet hur som helst.

En annan viktig skillnad är naturligtvis den legala bevisteorins negativa sida, dvs de regler som kunde tvinga domaren att döma mot sin övertygelse. Vid en summering av likheter och skillnader är det enligt min bedömning just dessa sistnämnda regler som markerar den största skillnaden mellan 1734 års lag och gällande rätt såvitt angår bevissystemet. Det skall dock påpekas att domaren även idag kan tvingas döma mot sin övertygelse. Så kan tex vara fallet om beviskravet är mycket högt, vid erkännande och medgivande samt vid särskild omröstning.

2.5 Abstrakt rätt och materiell bevisteori

1734 års lag var omodern redan när den kom, och den snabba samhällsutvecklingen efter lagens tillkomst visade bristerna hos lagen i skarpare belysning. Det stora språnget i denna utveckling kom genom industrialismens genombrott i landet vid 1800-talets början. Då samhällets struktur som en följd härav förändrades uppstod en mängd företeelser — obekanta för 1734 års lag som var konstruerad för agrarsamhället — vilka krävde rättslig reglering.

¹ Se angående dessa termer ovan avsnitt 1.2.

² Ekelöf: Rättegång IV s 100.

Snart sviktade den situationsbundna kasuistiska lagstiftningstekniken för det tryck som den explosionsartade utvecklingen utövade på rättsskipningen. Denna utveckling torde starkt ha bidragit till att abstrakta rättsregler började införas, vilka var bättre anpassade till den variationsrikedom och föränderlighet som följde med den snabba samhällsutvecklingen. De abstrakta rättsreglernas intåg på den juridiska arenan skedde dock inte utan att vissa betänkligheter anfördes häremot. För att ta ett exempel. När genom ny konkurslag 1931 den allmänt hållna konkursgrunden "insolvens" ersatte den gamla lagens enumeration av konkreta konkursgrunder, anfördes farhågor för att detta skulle äventyra rättssäkerheten.³

Samtidigt med att de kasuistiska rättsreglerna började överges, förlo-
rade den legala bevis teorin allt mer i betydelse. När den fria bevispröv-
ningen formellt infördes genom nya rättegångsbalkens ikraftträdande
1948, hade sedan lång tid tillbaka praxis övergett den legala bevis teo-
rens mer överdrivna formalism. Endast vittnesjäven gjorde sig alltså
gällande.⁴

Som vi ser inträffar samhällsförändring — övergång till industrisam-
hälle — förändrad lagstiftningsteknik, och övergång till materiell
bevis teori ungefär samtidigt, vilket knappast kan ha varit en tillfällig-
het. Genom den fria bevisprövningen och de abstrakta — öppna —
rättsreglerna blir prövningen av såväl sak- som rättsfråga "fri", vilket
kontrasterar skarpt mot förhållandena i äldre rätt, då domaren var
hårt uppbunden av lagen vid prövningen av dessa frågor.

Som orsak till införandet av fri bevisprövning anges i motiven fram-
för allt, att den legala bevis teorin motverkar rättsskipningens uppgift,
att nå det *materiellt sanna* i målet.⁵ Denna uppfattning, att domaren
genom en fri och allsidig prövning av det samlade bevis materialet,
bäst fullgör sin uppgift att nå sanningen, bör också ses mot bakgrund
av ett förändrat vetenskapligt tänkesätt. Skolastiken, som den legala
bevis teorin kunde ses som ett uttryck för, var auktoritetsbunden. Sant
var vad någon auktoritet, tex lagen, sade var sant. Man trodde inte
under medeltiden på individens egen individuella intellektuella kapaci-
tet, dess förmåga att själv genom rationellt tänkande bilda sig en
uppfattning om verkligheten och verklighetssammanhangen.⁶ Detta

³ Se Welamson: Konkursrätt s 21.

⁴ Angående farhågor för konsekvenserna av en fri bevisprövning, se t ex Rudling: Rätts-
säkerhet i rättegång s 14 ff.

⁵ SOU 1926:32 s 26.

⁶ Cohen: Freedom of Proof s 7.

vetenskapliga tänkesätt kom så småningom att förbytas mot rationalism; en tro på individens egen förmåga att genom analys eller insamling av erfarenhetsdata finna sanningen.⁷

Revisionen av rättegångsbalken skedde emellertid inte endast för att bana väg för den fria bevisprövningen. ÄRB var bristfällig även i andra avseenden. En av de största bristerna med det muntligt-protokollariska systemet i gamla rättegångsbalken var dess *långsamhet*.⁸ Muntlighets-, omedelbarhets- och koncentrationsprincipen var botemedlen häremot, vilka principer skulle medföra en snabbare, säkrare och billigare rättskipning. Införandet av den fria bevisprövningen förutsatte emellertid samtidigt i hög grad dessa principer. Sambandet mellan bevis-teori och förhandlingsform har också påpekats i doktrinen.⁹ Sambandet är dock inte nödvändigt. Man kan nämligen, förutom muntlighetsprincipen kombinerad med legal bevisteori, tänka sig ett system med muntlig-protokollarisk handläggning och fri bevisprövning.¹⁰

Om vi blickar utomlands, och tittar på förhållandena i Europa, finner vi att principen om fri bevisprövning är erkänd överallt.¹¹ Likaledes finner vi här en allmän användning av den abstrakta lagstiftningstekniken.¹² Förändringarna ifråga, dvs övergång till abstrakt teknik och fri bevisprövning, inträffade ungefär samtidigt med industrialismens genombrott. Utvecklingen i Sverige är alltså inte unik. Här i landet var vi dock sena med att införa fri bevisprövning.¹³

Spår av legal bevisteori finns dock kvar och gör sig i allmänhet gällande beträffande urkundsbeviset. I inget europeiskt land, förutom England, finner man exempel på att inte ett vittne skulle kunna vara tillräckligt.¹⁴ För övrigt har principen om fri bevisprövning fått olika

⁷ A a s 10. Termen "rationalism" används här i betydelsen intellektualism och betecknar således inte rationalismen som filosofisk rörelse.

⁸ SOU 1926:31 s 17.

⁹ Gärde SvJT 1940 s 141 ff.

¹⁰ Kallenberg II s 629.

¹¹ Nagel s 85.

¹² Ett undantag utgör dock i viss utsträckning England, vars rättssystem är utbyggt med de enskilda fallen som utgångspunkt (case-law system). Även här har emellertid den generella tekniken i allt mer ökad utsträckning tagits i bruk. Se Anners: Europas rättshistoria, del 2, s 76 ff. Vad gäller BGB, så är ju detta lagverk känt för sin detaljrikedom och höga tekniska-juridiska abstraktion. Enligt Anners a a s 58 representerade emellertid BGB ett "mycket viktigt — om än inte ofarligt — juridiskt — tekniskt framsteg, nämligen upptagandet av lagpositivismens tekniska nyskapelse: generalklausulen".

¹³ Som en jämförelse kan nämnas att fri bevisprövning infördes i Västtyskland 1877.

¹⁴ Nagel s 77. Avser en speciell situation.

formuleringar i olika länder, vilka bekänner sig till grundsatsen ifråga. Domaren skall — för att nämna några exempel — använda sig av "sund kritik" (Spanien)¹⁵ eller han skall begagna sig av det "socialistiska rättsmedvetandet" (Sovjet)¹⁶ eller låta sig ledas av sin "övertygelse" (Väst-tyskland).¹⁷

Vari består nu det samband mellan samhällsutveckling, förändrad lagstiftningsteknik och skifte av bevisteori som tidigare antytts? Problemet är allför komplext för en närmare utredning, men jag vill i alla fall kort redogöra för hur sambandet i grova drag ter sig i mina ögon.

Som framgick av det föregående avsnittet förutsatte sannolikt det legala bevissystemet, såsom det kommit till uttryck i 1734 års lag, att rekvisit inte skulle sönderdelas i särskilda bevisemata. Enligt min mening verkar det nu rimligt att anta, att sönderdelningen av rekvisit i särskilda konstituerande fakta (subsumtionsmodellen), bidrog till avskaffandet av den legala bevisteorin. Det går nämligen inte i praktiken att tex sönderdela ett rekvisit som "förfång" i fem eller rent av tio konstituerande fakta och kräva full bevisning för varje faktum. I så fall blir bevissystemet alltför otympligt. Och det var som sagt knappast heller den legala teorins mening att en sådan uppdelning skulle ske. Tvärtom skulle en sådan uppdelning ha motverkat syftet bakom det legala bevissystemet och fått detta att kollapsa.

Så länge lagen var i huvudsak kasuistisk och utförligt beskrivande fanns emellertid knappast något särskilt behov att genom precisering klargöra rekvisitens tillämpningsområde. Dessutom var domaren, som påpekats, hårt uppbunden av lagens ordalydelse. När emellertid abstrakta rättsregler började införas, måste det dels av rättssäkerhetsskäl och dels för möjlighet till styrning och kontroll av ett samhälle i stark expansion, ha tett sig nödvändigt med en precisering av de faktiska förhållandena, och de legala bevismedlens inriktning på själva målet måste mot denna bakgrund ha tett sig som en oacceptabelt primitiv konstruktion. Att praxis redan på 1800-talet började mjuka upp den legala bevisteorin, ungefär samtidigt som abstrakta rättsregler började införas, får man enligt min mening tillskriva detta förhållande.¹⁸

¹⁵ A a s 74.

¹⁶ A a s 82. Med den formulering principen fått i Sovjet kan man emellertid ifrågasätta om domaren verkligen får döma efter sin egen övertygelse.

¹⁷ A a s 79.

¹⁸ Man ansåg sig sedermera oförhindrad att döma enbart på indicier, tillåta motbevisning mot fört huvudbevis, samt att låta indicier komplettera vittnesbevis till fullt bevis. Beträffande vittnesjäven gjorde sig dock den legala bevisteorin gällande fullt ut tills nya RB trädde i kraft år 1948. Se härom SOU 1926:31 s 25 f och Kallenberg II s 674.

Genom att rättsreglerna är abstrakta, och det finns ett behov att precisera det faktiska händelseförloppet, kommer en mängd faktorer att kunna äga relevans vid subsumtionen. När rekvisiten således delas sönder på detta vis, blir det konsekvent att även bevisningen delas upp på de olika bevisstemata som rekvisiten preciserats mot. Det delbara temat fordrar alltså delbar bevisning och det blir då naturligt och praktiskt nödvändigt att göra bevisprövningen fri. Eftersom det släpps in så många faktorer i bedömningsmaterialet, blir det nämligen omöjligt att *på förhand* säga att ett visst eller vissa fakta utgör typiska bevis, något som den legala bevisteorin försökte göra. När rekvisiten genom de abstrakta tekniken bildligt talat blåses upp, och får en stor potential av tänkbara konstituerande fakta, går det som regel inte längre att skilja ut några typiska bevis i den svärm av fakta som faller ut när rekvisiten punkteras. Här finns bevis-, hjälp- och rättsfakta om vartannat och deras funktion blir relativ och inte, som i det legala systemet, absolut.¹⁹

Det har, som nämnts, i motiven angetts att den främsta orsaken till införandet av den fria bevisprövningen var, att man ville erhålla materiellt riktiga domar. Fri bevisprövning är emellertid inte tillräckligt för att nå detta mål. Det krävs också att rekvisiten delas sönder. I annat fall kommer temat att bli så omfattande att en ordentlig analys förhindras.

När den legala bevisteorin övergavs fanns emellertid redan något att ersätta den med, nämligen den fria bevisprövningen. Detta är ett triviale påstående, men det jag här vill framhålla är att den medeltida skolastiska auktoritetstron successivt kommit att trängas undan av en tro på det egna förnuftet och att principen om fri bevisprövning är ett uttryck för denna kunskapssyn. Denna kunskapssyn har förmodligen medverkat till en mindre bundenhet till lagens ordalydelse. Enligt ett rationellt synsätt är ju förnuftet och inte lagen den auktoritet vi bör sätta tilltro till. Ja, för att spinna vidare efter denna tanke skulle vi kunna säga att det inte spelar någon roll om lagen är vag och att således kasuistiska regler ersätts med syntetiska; med vårt förnuft kommer vi ändå att hitta en god lösning. På detta sätt kan den förändrade kunskapssynen ha bidragit till införandet av en ny lagstiftningsteknik.

Avslutningsvis vill jag erinra om den uppdelning i omedelbart och medelbart relevanta omständigheter som görs i motiven till nya rätte-

¹⁹ Se härom avsnitt 1.3.2.

gångsbalken, av Kallenberg, och av Ekelöf.²⁰ Som framgått definieras en omedelbart relevant omständighet som en omständighet vartill en rättsföljd är knuten, medan en medelbart relevant omständighet uppges vara ett bevis för en omständighet av den förstnämnda sorten. Jag har tidigare riktat kritik mot denna klassificering på den grunden, att flera fakta i förening kan aktivera ett rekvisit och att ingen rättsföljd kan sägas vara knuten till dessa fakta var för sig. Förklaringen till denna klassificering tror jag vi har att finna i just det förhållandet att de legala bevismedlen var inriktade på rättsligt kvalificerade partspåståenden — på själva "saken" — snarare än på konkreta fakta och att man inte lyckats frigöra sig från detta äldre betraktelsesätt.

2.6 Sammanfattning

Bevismedlen var i den forngermanska rätten inriktad på ett rättsförhållande. Det mot part riktade rättsanspråket betraktades som ett personligt angrepp och bevismedlen utgjorde försvarsmedel mot detta angrepp. Så småningom införde svaranden grunder i processen, och man skönjer en uppdelning i rekvisit och rättsföljd. Genom att skälen för ett anspråk börjar efterfrågas får den personliga rättsuppfattningen träda tillbaka ett steg. Fortfarande är dock bevismedlen inriktade direkt på grunderna och eftersom dessa, liksom rättsföljderna, är fixerade i lag, är bevismedlen fortfarande rättsrealiserande. Införandet av grunder betydde bl.a. att ed kunde gå mot ed, varvid konflikten löstes av en nämnd.

I 1734 års lag är den legala bevisteorin kodifierad. Den utgjorde en kombination av formell och materiell bevisteori. Särskilt värdemålseden bär tydliga spår av det gamla formella beviset. Den är direkt inriktad på grunderna, liksom hela det legala bevissystemet synes bygga på förutgåttningen att rekvisiten inte skulle sönderdelas.

1734 års lag var konstruerad för ett enkelt bondesamhälle. På 1800-talet, när en stor samhällsomvandling inträder som en följd av industrialismens genombrott, visar sig den kasuistiska tekniken alltför trång för att på ett flexibelt sätt kunna handskas med alla de nya situationer som ständigt dyker upp. Denna utveckling bidrog säkerligen starkt till införandet av abstrakta rättsregler. Generella regler ställer emellertid krav på precisering och konkretion vid tillämpningen och i detta läge

²⁰ Se avsnitt 1.3.2.

visar sig det otidsenliga hos det legala bevissystemet med stor styrka. Grundtanken bakom detta system får nämligen på goda grunder antas vara att temat, åtminstone i princip, skall vara odelbart. Det legala systemet börjar därför mjukas upp i praxis samtidigt som en ny kunskapssyn växer fram. Bevisprövningen blev fri 1948.

Jämsides med denna utveckling kan vi skönja hur domstolen, det konfliktlösande och handlingsdirigerande organet, vuxit i styrka och betydelse. Från början låg rätten i partens hand. När grunder infördes togs en del av denna rätt till rätten bort. Staten började allt mer intressera sig för rättskipningens kontrollerande och styrande funktion. Till sist bryts även grunderna upp och då återstår för part endast att redogöra för faktiska omständigheter och bevisa dessa.

Angående gränsdragningen mellan fastställande av fakta och subsumtion under materiella regler, är det först i och med sönderdelningen av rekvisit som denna gränsdragning aktualiseras. 1734 års lag synes utgå ifrån att fastställandet av fakta och subsumtion sammanfaller, eftersom bevismedlen riktas in på själva målet. I vad mån praxis intog denna ståndpunkt är svårt att uttala sig om.

Avslutningsvis kan konstateras att antalet sak- och rättsfrågor är större i nutida än i äldre rätt. I den äldre rätten uppdelades och analyserades varken bevis eller rätt utan bevisen var i huvudsak inriktade på rätten. Den uppdelning vi möter idag är emellertid ofrånkomlig genom de krav som det moderna rättsamhället ställer på rättskipningen.

3 RB 35:1

3.1 Inledning

I föregående kapitel såg vi bl a hur den fria bevisprövningen infördes. Vi skall nu titta lite närmare på den regel i RB som uttrycker principen om fri bevisprövning. Jag inleder med en allmän beskrivning av karaktären hos regeln ifråga, för att därefter närmare granska det objektivitetsbegrepp som används i motiven till regeln. Härefter kommer jag att behandla regelns räckvidd och begränsningar.

3.2 RB 35:1 — en generalklausul

Framställningen kan lämpligen inledas med att RB 35:1 återges. Regeln lyder:

”Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt som förekommit, avgöra vad i målet är bevisat.

Vad om verkan av visst slag av bevis är stadgat vare gällande.”

Tillämpningen av RB 35:1 skiljer sig i princip inte från tillämpningen av en generalklausul som reglerar ett materiellt rättsförhållande. Visserligen är regeln ifråga bestämd på så sätt att den anger att rätten vid bevisvärderingen skall beakta ”allt” som förekommit, men den anger inte — och detta är i sammanhanget det väsentliga och själva kärnan i principen om fri bevisprövning — *hur* bevisen skall värderas. Vi kan här göra en jämförelse med den materiella generalklausulen i § 36 AvtL. Denna regel anger att ett avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Enligt regeln ifråga kan, på samma sätt som beträffande RB 35:1, domaren sägas vara skyldig att beakta allt som förekommit i anslutning till avtalet vid bedömningen av om ett avtalsvillkor är oskäligt. Hur inträffade fakta skall värderas vid bedömningen ifråga anges dock inte — liksom beträffande RB 35:1 — i regeln.

Man kan i förstone förledas tro, att det föreligger en kongruens, vad avser bevisemat, mellan RB 35:1 och materiella regler. Ser vi tex på § 36 AvtL så är bevisemat *i regeln* uttryckt som frågan om ett villkor är oskäligt. Vid bevisvärderingen skall nu rätten — vid ställningstagandet till bevisemats existens — ta hänsyn till allt som förekommit. Det kunde därför förefalla som om angivandet i § 36 AvtL om vad rätten skall beakta är överflödigt. Bevisemat, som det är angivet i regeln, utgör emellertid inte bevisema *vid själva bevisvärderingen*. Begreppet "oskäligt" måste av en rad olika skäl preciseras mot konkreta fakta i ett händelseförlopp. Dessa fakta är att betrakta som rättsfakta och uppräkningsen i § 36 AvtL anger *vilka kategorier rättsfakta* som rätten skall beakta. Vid fastställandet av ifrågavarande konkreta rättsfakta skall rätten enligt RB 35:1 ta hänsyn till allt som förekommit. Det föreligger således inte någon kongruens mellan reglerna ifråga.¹

Inledningsvis har jag här ovan betonat likheten mellan RB 35:1 och materiella generalklausuler. Jag skall i det följande närmare utveckla detta, samt även peka på skillnader mellan bevisvärdering och rättstillämpning.

Enligt RB 35:1 skall domaren bedöma vad som bevisats i målet och han är därvid inte bunden av några rättsregler. Han är däremot skyldig att använda sig av allmänna erfarenhetssatser och slutledningsregler.² Vid bevisvärderingen kan domaren bryta mot endera eller mot båda dessa hörnstenar som bär upp bevisprövningen. Då emellertid särskilt erfarenhetssatserna genom sin *vaghet* har en tämligen *stor spännvidd*, och inte objektivt kan fixeras,³ lämnas utrymme åt ett sub-

¹ Angående bevisemats precisering, se kap 5.

² Se nedan avsnitt 3.3.

³ Musielak s 94 talar om "Weiten Beurteilungsspielraums". Musielak säger (s 115) å ena sidan att en objektiv kontroll kan förhindra att stora fel begås — detta trots att erfarenhetssatserna har stor spännvidd — och å andra sidan att det pga erfarenhetssatsernas spännvidd blir domarens *subjektiva* bedömning som faller utslaget. Musielak synes närmast mena att erfarenhetssatserna ger objektiva yttre riktpunkter för bedömningen, men att bedömningen inom dessa objektiva riktpunkter blir subjektiv. Angående erfarenhetssatsernas spännvidd, se också Maassen s 7: "ungenau Schätzung", Nell s 108: "der Richter könne jedoch die richtigen Wahrscheinlichkeitsgrade kaum jemals exakt feststellen", Greger s 18: "In der Mehrzahl der Fälle allerdings bietet die soeben behandelte Komponente der Überzeugungsbildung einen mehr oder weniger weiten Spielraum der es ermöglicht, dass trotz des Erfordernisses objektiver Gründe verschiedene Überzeugungen (die auch diesen Namen verdienen) nebeneinander bestehen können", Schneider: Beweis, s 38: "Je geringer die Überzeugungskraft eines Erfahrungssatzes ist, um so individueller wird die Beweiswürdigung des Richters". Liknande uttalanden rörande erfarenhetssatsernas vaghet finner vi hos Rödiger s 244 och Walters s 151. Angående en metod för bedömningen inom de ifrågavarande marginalerna, se avsnitt 7.4.2, 7.4.3, 7.4.4 och 7.6.

jektivt moment vid bevisbedömningen av inte obetydlig styrka. Fanns för övrigt inte detta subjektiva moment med i bedömningen, vore det inte korrekt att tala om fri bevisprövning. Om nämligen alla erfarenhetssatser vore exakt bestämda skulle det inte finnas utrymme för en fri bedömning.⁴

Den fria bedömningen förutsätter alltså att det finns en marginal, ett utrymme för en subjektiv prövning. På motsvarande sätt finns vid tillämpningen av generalklausuler som reglerar materiella rättsförhållanden ett utrymme för domarens fria skön. Liksom vid tillämpningen av RB 35:1 får emellertid domaren vid tillämpningen av en materiell generalklausul inte efter eget gottfinnande utföra tillämpningen. Han är bunden av vissa tolkningsprinciper, juridisk argumentationsteknik, rättsdogmatisk systematik, deklarerade målsättningar med lagen m.m. Från sådana källor hämtar domaren vägledning, men de ger honom inte alltid — kanske rentav sällan — lösningen på det föreliggande fallet.

Det finns åtminstone en gemensam orsak bakom införandet av å ena sidan RB 35:1 och å andra sidan materiella generalklausuler. När den legala bevisteorin övergavs var orsaken här till att man ville skapa möjligheter att åstadkomma materiellt riktiga domar.⁵ I och för sig kunde man i detta läge ha övervägt att — i stället för fri bevisprövning — införa ett mer finmaskigt och detaljerat nät av legala bevisvärde regler. Man insåg dock att verkligheten är alltför komplicerad för en sådan reglering. Det är inte möjligt att förutse alla de bevisfakta och konstellationer av bevis- och rättsfakta som kan dyka upp. Den förändrade lagstiftningsteknikens betydelse i detta hänseende har tidigare berörts.⁶ Här till kommer, vilket jag så småningom kommer att visa, att underlaget för bevisbedömningen står i ett beroendeförhållande till upphörande, förändring och nyskapande av materiella rättsregler.⁷ Denna dynamik på regelområdet förändrar de erfarenhetssatser som kommer till användning vid bevisvärderingen. Det är därför inte lämpligt att via legala bevisvärde regler "låsa fast" erfarenhetssatserna.

Verklighetens föränderlighet och omöjligheten att på förhand förutse uppdykande fall samt olämpligheten av att genom en snäv uppräknande lagtext minska domstolarnas rörelsefrihet, ligger också bakom

⁴ Walters s 322.

⁵ Se avsnitt 2.5.

⁶ Se avsnitt 2.5.

⁷ Se avsnitt 7.3, 8.2 och 8.3.

införandet av materiella generalklausuler.⁸ Även här skulle man i stället för generalklausuler i och för sig kunna tänka sig att lagstiftaren försökte lägga ut ett finmaskigt nät av kasuistiska regler. I så fall skulle domaren bli hårt uppbunden av lagen vid sin prövning och det vore i så fall inte riktigt att — som man brukar säga — den närmare utformningen av lagen överlämnats till rättsstillämpningen. Av intresse att notera i detta sammanhang är att, på motsvarande sätt som farhågor rörande rättssäkerheten anfördes när fri bevisprövning infördes, liknande farhågor har anförts beträffande rättssäkerheten när materiella generalklausuler införts. Dessa farhågor är av precis samma slag; rädslan för godtycke, avgörandena kan inte förutses, principen om likabehandling sätts i fara. Vad gäller förutsebarheten har särskilt anförts, att generalklausuler skapar otrygghet i omsättningen p g a att utgången inte kan förutses med rimlig säkerhet.⁹ Samma invändningar kan emellertid resas, och *har* rests, vad gäller fri bevisprövning, men där möter vi den *numera* aldrig. Den fria bevisprövningen medför ju att det inte är säkert att tex säkrad skriftlig bevisning kommer att godtas av domstolarna och även detta förhållande kan naturligtvis verka hämmande på det sk omsättningsintresset.¹⁰

Det förhåller sig alltså så, att den fria bevisprövningen skapar en viss osäkerhet rörande bevisvärderingen, och att materiella generalklausuler medför osäkerhet om hur domstolen kommer att rättsligt värdera fastställda fakta.

Som tidigare nämnts infördes den fria bevisprövningen framför allt därför att man ville erhålla materiellt riktiga domar. Att detta skulle vara ett skäl bakom införandet av generalklausuler, eller överhuvudtaget bakom införandet av generellt utformade rättsregler har, såvitt jag vet, ingen någonsin påstått. Förmodligen förhåller det sig dock på det viset, att abstrakt lagstiftningsteknik har betydelse i detta avseende. Om nämligen en rättsregel formuleras så, att den får ett obestämt tillämpningsområde, finns det goda möjligheter att i varje enskilt fall precisera regeln mot omständigheterna i det individuella fallet. Kom-

⁸ Jfr Hellner: Konsumentskydd och generalklausuler i TfR 1976 s 148, som beträffande generalklausulerna i marknadsförings- och avtalsvillkorlagen säger: "Bruket av en generalklausul i dessa fall är lätt att förstå. Lagstiftaren har inte kunnat exakt ange alla de fall där en marknadsförande åtgärd eller ett avtalsvillkor skall kunna föranleda förbud för framtiden, och han inför då en allmänt formulerad bestämmelse som i realiteten överlämnar avgörandena åt de tillämpande myndigheterna."

⁹ Se SOU 1974:83 s 128. (Avser § 36 AvtL.)

¹⁰ Jfr nedan avsnitt 7.5.

binerat med fri bevisprövning innebär detta, att förutsättningarna att skapa rättvisa i det enskilda fallet blir mycket gynnsamma. Är däremot en regel kasuistisk och domaren är hårt bunden vid dess ordalydelse kommer — då en fullständig kasuistisk uppräkningsområde är omöjlig — en hel del fall att ramla utanför regelns tillämpningsområde. Dessa fall kommer då inte att subsumeras under rättssatsen trots att de ur materiell rättvisesynpunkt kan vara att jämställa med de klara fallen. Trångheten hos regeln begränsar mao möjligheterna att skapa materiell rättvisa i det enskilda fallet.¹¹

Jag jämställde inledningsvis RB 35:1 med en materiell generalklausul. Den skillnaden föreligger givetvis mellan RB 35:1 å ena sidan och en generalklausul å andra sidan, att RB 35:1 anger enligt vilka principer sakfrågan skall bedömas, medan en materiell generalklausul är en rättsnorm, vilken knyter rättsverkningar till faktiska omständigheter. Och ett faktum kan i motsats till en norm vara sant eller falskt. Förmodligen är det denna olikhet som ligger bakom uppfattningen att rättsfrågan alltid skall besvaras. Domstolen får inte stanna i ett non liquet i rättsfrågan, vilket däremot är tillåtet såvitt gäller sakfrågan.¹² Är ett faktum ovisst, dvs föreligger en non-liquet-situation, skall rätten använda en bevisbörderegler. Beträffande normer däremot, kan ju sådana skapas, preciseras och omformas. Att använda bevisbörderegler på fastställda rättsfakta anses därmed inte vara försvarligt.¹³

En annan skillnad mellan RB 35:1 och en materiell generalklausul, vilken sammanhänger med den ovan angivna skillnaden mellan faktum och rätt, är att den fria bevisvärderingen baserar sig på ett i huvudsak *annat material* än rättstillämpningen. När rätten värderar bevis tittar den som regel inte i doktrin, praxis och förarbeten. I stället för att söka i rättskällorna används allmänna erfarenhetssatser och slutledningsregler. Vidare tas vid den rättsliga värderingen av fakta hänsyn till bl a ändamål, rättvisa och billighet. Denna skillnad i material vid resp verksamhet sammanhänger med att bevisvärderingen syftar till att utreda

¹¹ För att en dom skall vara "rättvis" (materiell rättvisa) i den mening jag här använder begreppet fordras dels att den överensstämmer med det förprocessuella läget och dels att det relevanta förprocessuella läget av normen inte begränsats på ett sådant sätt att likartade fall behandlas olika.

¹² Rosenberg s 9, 11 och 14, Blomeyer s 350, Rödig s 5 not 5 (kritisk). Ståndpunkten ifråga vilar emellertid inte på någon logisk nödvändighet eller "naturlig princip", se Engisch: Einführung s 60. Jfr ovan avsnitt 1.6 uttalandena angående tex HL § 8, att invändningar som hänför sig till rättsfrågan skall "knäckas".

¹³ Se Rosenberg s 14.

vad som *faktiskt inträffat* (eller vad som kommer att inträffa). Själva bevisvärderingen blir därmed i huvudsak *kunskapsteoretisk* till sin natur. Rättstillämpning däremot, går ut på att bestämma vad som på grundval av fastställda fakta *bör gälla*. Den innehåller därmed även ett *viljande* av hur det bör vara.¹⁴

Det finns emellertid även vid bevisvärderingen — på grund av erfarenhetssatsernas vaghet — utrymme för ett bedömningsskön. Detta kunskapsmässiga bedömningsskön utgör en motsvarighet till det sköns-
mässiga — viljande — bedömningsskön som finns vid bedömningen av rättsfrågan.¹⁵ Det finns således utrymme för ett bedömningsskön både vad avser sak- och rättsfrågan, men den fria prövningen har olika mål och använder sig av delvis olika medel. När jag inledningsvis jämförde RB 35:1 med en materiell generalklausul var det den här beskrivna likheten jag hade i åtanke.

När det gäller bedömningen av rättsfrågan har utvecklats tolkningsprinciper och andra tumregler, avsedda bl a att begränsa det sköns-
mässiga inslaget vid rättstillämpningen, och syftande till att åstadkomma enhetlighet, ändamålsenlighet och rättssäkerhet. Några motsvarande principer som begränsar det skönsmässiga inslaget vid bedömningen av *enskilda* bevis finns däremot inte, antagligen beroende på att man kategoriskt velat skilja mellan bevis- och rättsfrågor. Däremot finns formler för sammanräkning av flera bevis, men då har redan de enskilda bevisen på intuitiv väg åsatts ett visst värde. Om man emellertid betraktar rättskipningen i sin helhet som ett medel att åstadkomma vissa mål, ingår även bevisvärderingen i de medel som används för att uppnå dessa mål. Med ett sådant betraktelsesätt inlämnas på visst sätt bevisvärderingen i rättstillämpningen. De principer som är bestämmande för hur en regel bör tolkas bör då också vara vägledande för hur domaren bedömer enskilda bevis inom området för det kognitiva skönet. Till detta och principer för bevisbedömningen återkommer jag i kap 7.

¹⁴ Jfr avsnitt 1.4 vid not 90. Se emellertid också avsnitt 7.6 om rättsnormerad bevisvärdering.

¹⁵ Henke s 270 och Schwinge s 155 jämför det "Beurteilungsspielraum" som finns vid användningen av materiella regler med det utrymme för värderingsfrihet som finns vid bevisvärdering. I båda fallen finns utrymme för ett visst skön vid bedömningen. En skillnad föreligger dock såtillvida att den rättsliga värderingen kan *överprövas* och *kontrolleras*. Det anses ju alltid finnas ett bestämt svar på rättsfrågan, medan bevisvärderingen i regel, p g a erfarenhetssatsernas vaghet, inte kan kontrolleras och överprövas. Se härom Bertossa: Der Beurteilungsspielraum s 90. Walters s 170 ställer sig emellertid kritisk till att paralleller dras mellan värderingsskönen ifråga.

Jag lämnar nu denna allmänna jämförelse mellan bevisvärdering och rättstillämpning för att övergå till att närmare granska grundsatserna för den fria bevisprövningen.

3.3 Principerna för den fria bevisprövningen

Förarbetena till RB 35:1 är knapphändiga. De uttrycker på ett allmänt sätt de principer som domaren har att rätta sig efter vid bevisprövningen. Processkommissionen (PK) säger följande:

”Den fria bevisprövningen innebär ej heller, att de äldre legala reglerna om uppskattning av de särskilda bevismedlen blivit ersatta av domarens godtycke eller att han skulle kunna nöja sig med ett instinktivt försanthållande. Domaren skall vid sin bevisprövning noga överväga alla de upplysningar, som i målet blivit förebragta, och på denna grund pröva, hurudant sakförhållandet må anses vara. Denna prövning skall vara objektiv, d.v.s. sådan att den även för andra innebär en övertygande beviskraft, därvid domaren naturligen måste använda allmänna erfarenhetssatser och slutledningsregler. På sätt i kapitlet om domstols protokoll framhålles, bör han även vara pliktig att redogöra för de grunder, på vilka han bygger sin slutsats. Detta innebär en kontroll på prövningens riktighet.”¹⁶

I processlagberedningen uttrycker man sig i liknande vändningar:

”Regeln om domarens frihet vid bevisvärderingen innebär icke, att han får grunda sitt avgörande på en rent subjektiv uppfattning rörande de olika bevisens värde. Hans övertygelse måste vara objektivt grundad och sålunda stödjas på skäl, som kunna godtas av andra förståndiga personer. Ej heller får avgörandet grundas å totalintrycket av det föreliggande materialet. Det åligger domaren att för sig själv och även i domskälen klarlägga de olika grunder, på vilka han stöder sin övertygelse. Av den upptällda regeln följer, att domaren vid bevisprövningen är begränsad till det material, som framkommit i rättegången, och sålunda icke får på annat sätt skaffa sig kännedom om relevanta omständigheter. Detta hindrar icke, att han tager hänsyn till omständigheter, som äro allmänt veterliga, eller till erfarenhetssatser, som äro kända för honom. I den mån dessa erfarenhetssatser falla utom området för allmän bildning och livserfarenhet, bör domaren icke lita endast på sin egen sakkunskap.”¹⁷

De krav eller principer som uttrycks i förarbetena kan lämpligen struktureras på följande sätt:

¹⁶ SOU 1926:32 s 255. Jfr SOU 1926:33 s 142.

¹⁷ SOU 1938:44 s 377 f.

1. *Objektivitetskravet*. Domarens övertygelse måste stödjas på skäl, som kan godtas av andra förståndiga personer.
2. *Redovisningskravet*. Detta krav följer av objektivitetskravet. Om andra skall kunna kontrollera bedömningen måste naturligtvis skälen för bedömningen redovisas.
3. *Analyskravet*. Domaren får inte grunda avgörandet på totalintrycket av det föreliggande materialet, utan han är skyldig att göra en diskursiv analys. En intuitiv överblick får således inte fälla avgörandet. Även detta krav följer av det ifrågavarande kravet på objektivitet.
4. *Materialbegränsningskravet*. Domaren får vid bevisbedömningen i princip endast beakta sådant material som framkommit i målet, dock får han ex officio beakta notoriska fakta och erfarenhetssatser som han känner till. Med denna begränsning av bedömningsmaterialet sammanhänger bl a den skillnad som brukar göras mellan en materiellt riktig dom och en dom som är riktig på grundval av processmaterialet (formellt riktig dom). Det bedömningsmaterial som rätten har till sitt förfogande kan ju vara begränsat bl a på grund av parternas dispositionsmöjligheter i processen. Det är därför inte säkert att domen överensstämmer med det förprocessuella läget.¹⁸

Av uttalandena kan vi vidare se att *fakta* och *erfarenhetssatser* utgör nyckelbegrepp i bevisrätten. Detta framgår särskilt av PK:s uttalande, att en bevisbedömning, för att vara objektiv, måste grunda sig på allmänna erfarenhetssatser och slutledningsregler. På annat håll i förarbetena betecknas bevisföremålet som en faktisk omständighet.¹⁹ Med avseende på bevisbedömningen kan därför ytterligare följande villkor ställas upp:

5. *Sanningskravet*. Bevistemat måste uttrycka ett *påstående* d v s kunna vara antingen sant eller falskt. Detsamma gäller för ett bevis för temat, då även beviset kan behöva bevisas och därmed blir bevistema.
6. *Relevanskravet*. Det måste tydligen finnas en relation mellan bevisfaktum och bevistema, som gör att bevisfaktumet uppfattas som ett argument för temats existens. Denna relation etableras av erfarenhetssatserna, vilka sammanbinder bevis och tema. Frågan om denna

¹⁸ Se härom kap 9.

¹⁹ SOU 1926:32 s 24. Se även SOU 1938:44 s 379 där det — liksom av lagen — framgår att bevisning kan förebibras rörande tolkningen av gällande lag och om förefintligheten av sedvanerätt. Vidare framgår där, att även erfarenhetssatser kan bli till föremål för bevisning.

relation bör vara *kausal* tar jag upp i samband med behandlingen av värdemetoden.²⁰

7. *Bevisbarhetskravet*. Det måste vara både teoretiskt och praktiskt möjligt att bevisa temat. Även om temat i och för sig kan vara sant eller falskt, kan det ju vara så att vi med nuvarande kunskaper varken kan bevisa eller motbevisa ett påstående.

Bevisbarhetskravet har berörts tidigare.²¹ Övriga krav kommer att behandlas på olika håll i framställningen. Jag inleder med att ta upp frågan vilka skäl som överhuvudtaget är av relevans vid bevisvärdering, vilket sammanhänger med punkt 5 ovan. Härfter skall motivens objektivitetsbegrepp kommenteras, varvid vi även kommer att beröra den närmare innebörden av redovisnings- och analyskravet. Materialbegränsningskravet kommer att diskuteras i samband med en analys av det juridiska sanningsbegreppet, och åt erfarenhetssatserna kommer ett särskilt kapitel att ägnas.

3.4 Vilka skäl är relevanta vid juridisk bevisvärdering?

Som framgått beskrivs bevisvärderingen som kunskapsteoretisk. Detta innebär att det som skall bevisas bör kunna vara antingen sant eller falskt, och att rättsregler eller rättsliga värderingar inte skall påverka värderingen av bevisens värde.²² Till satser som kan vara sanna eller falska räknas analytiska och empiriska satser, vilka brukar sammanfattas under benämningen teoretiska satser.

Bevistemat vid bevisvärdering består oftast av ett påstått sakförhållande, tex att en person vid en viss tidpunkt och på en viss plats utfört en viss handling. Bevisfakta är teoretiska skäl att tro eller inte tro att detta sakförhållande inträffat. Ett teoretiskt skäl är vidare ett skäl som begreppsligt pekar i endast en riktning, d v s i detta sammanhang för eller mot temats existens.²³

Vid bevisvärdering uppnår man emellertid sällan fullständig visshet,

²⁰ Se avsnitt 4.5.2.

²¹ Se avsnitt 1.5.2.

²² Jfr emellertid avsnitten 7.4.2, 7.4.3, 7.4.4 och 7.6.

²³ Jareborg: Värderingar s 227: "Ett visst rent teoretiskt skäl är (begreppsligt) ett skäl för vem som helst att tro något. Ett visst handlingsskäl behöver blott vara en enda persons skäl."

utan endast en mer eller mindre hög grad av sannolikhet.²⁴ Även om ett vittne, som verkar trovärdigt, påstår att han iakttog en person vid en bestämd plats vid en bestämd tidpunkt, är det ju möjligt att vittnet minns fel, misstagit sig, eller ljuger. Helt säkra kan vi nästan aldrig vara.

Det som förbinder bevisfaktum med temat är en erfarenhetssats. Om tex ett bromsspår med en längd av 80 m anses ha bevisvärde för att en bilist kört mer än 100 km/tim, beror bevisvärdet på att det finns en allmän erfarenhetssats som säger att ifall ett bromsspår är 80 m långt, så har hastigheten varit mer än 100 km/tim. Under denna allmänna erfarenhetssats eller generella lag subsumeras således det individuella fallet, varvid vi får en slutsats som uttalar att det är sannolikt att den aktuella bilisten kört mer än 100 km/tim.²⁵

Enligt den bevisrättsliga doktrinen kan man betrakta bevisvärderingen i huvudsak endast på ett sätt, nämligen som en subsumtion av fakta under allmänna erfarenhetssatser, generella lagar, stereotypa mönster, eller vad man nu vill kalla dessa allmänna satser. Vi får anledning att återkomma till detta, men nu skall nämnas exempel på skäl vilka inte är teoretiska, för att närmare klargöra vilka skäl som är relevanta vid bevisvärdering.

Antag att en person är tilltalad för att ha snattat en vara inne i en butik. Den tilltalade var inne i butiken, tog varan, stoppade ner och dolde den i fickan, samt lämnade butiken utan att göra rätt för sig. Hade han tillägnelseuppsåt eller inte? Man kan här inta en *moralisk* attityd till *handlandet*. En sådan attityd kan smitta av sig på bevisvärderingen varvid resonemanget kan bli: Man *bör* inte inne i en affär stoppa på sig varor. Eftersom den tilltalade har gjort vad man inte bör göra, har han nog haft tillägnelseuppsåt.²⁶ Vidare skulle man kunna inta en *pragmatisk* hållning. Man tror på vad som ur vissa synpunkter är nyttigt eller bra att tro på. Om en sådan hållning får genomslag vid bevisvärderingen kan resonemanget bli: Eftersom tillägnelseuppsåt är så svårbevisat, men det ändå med hänsyn till den allmänna laglydnaden fordras domar där snattare sätts fast, är det försvarligt att tro att den tilltalade hade tillägnelseuppsåt.

Jag har här sagt hur man *skulle kunna* resonera. Denna typ av skäl

²⁴ Jfr det ofta citerade yttrandet av Kallenberg (II s 539). "Absolut visshet kan inte vinnas utan blott en mer eller mindre hög grad av sannolikhet." Ett motsvarande uttalande finner vi hos Trygger: Skriftliga bevis s 60.

²⁵ Angående erfarenhetssatserna och den subsumtiva förklaringsmodellen, se avsnitt 6.3.

²⁶ Beträffande moralisering och "smitteffekt" på bevisvärderingen, se avsnitt 6.8.2.

bör emellertid hållas borta från bevisvärderingen. I en process skall det utredas vad som faktiskt har hänt och då bör endast teoretiska sakskaäl vara av relevans. Men det syns tydligt i exemplen att de moraliska och pragmatiska skälen inte utgör skäl att tro att ett sakförhållande inträffat. Från vad man inte bör göra kan man inte sluta sig till vad som faktiskt hänt, och pragmatiska skäl utgör inte skäl att tro att något har hänt.

Att t ex moraliska och pragmatiska skäl inte bör användas vid bevisvärderingen behöver inte betyda att sådana skäl saknar betydelse vid *fastställandet av fakta*.²⁷ Tvärtom. Om det nämligen inte på grundval av teoretiska skäl har kunnat fastställas vad som inträffat, måste likväl ett avgörande träffas. Vid oviss het om ett faktums existens används som bekant en bevisbördereg el. Bevisbörderegler kan vara grundade på teoretiska skäl, men detta torde — numera — inte vara så vanligt som det var förr (se nedan). Så är emellertid fallet när bevisbördan förläggs på ett sådant sätt att den drabbar den som påstår något som strider mot det sedvanliga. I sådana fall avgör ett *sannolikhetsantagande* vem bevisbördan skall läggas på. När sannolikhetsantaganden får bestämma bevisbördans placering är anledningen härtill att man önskar att rättskipningen skall befrämja tillkomsten av *materiellt riktiga domar*.²⁸ Ett sannolikhetsantagande är ju ett teoretiskt skäl att tro något om det i målet ovissa faktumet.

Ser vi däremot på en teleologisk placering av bevisbördan — vilken numera är allmänt accepterad²⁹ — är det avgörande för bevisbördans

²⁷ Angående begreppet fastställande av fakta, se avsnitt 1.2.

²⁸ Äsikten att rättskipningens mål skall vara att befrämja tillkomsten av materiellt riktiga domar och att därvid huvudregeln för bevisbördans placering är att söka i sannolikhetsantaganden, var vanlig i äldre doktrin. Se t ex Kallenberg II s 724 "... den ledande tanken vid bevisbördans fördelning bör vara den, att, så vidt domsfastställernas riktighet är beroende på huru bevisbördan är fördelad, de i största möjliga antal fall träffa det materiellt rätta". Angående bevisbördans fördelning sägs sedan: "Inga andra synpunkter torde härvid vara tänkbara än sådana som anknyta till presumtioner, sannolikhetsantaganden." Se också Augdahl s 60 som säger: "For de uopklarte prosessers vedkommende må der derfor opstilles regler der leder til at der i videst mulig utstrekning dog bygges på det riktige faktiske grunnlag. Bevisbyrdereglernes bærende prinsipp kan da ikke bli annet enn en sannsynlighetsberegning."

²⁹ När Olivecrona 1930 lade fram sin avhandling "Beviskyldigheten och den materiella rätten" och i denna argumenterade för att bevisbördan bör placeras så, att ändamålet med de materiella reglerna realiserats, möttes han av ett kompakt motstånd. Se om detta Ekelöf: En rättsvetenskaplig tragedi i Festskrift till Henrik Hessler s 131-158 (Stockholm 1985).

placering inte materiell rättvisa i det enskilda fallet, utan att ändamålet med de materiella reglerna realiseras. Visavi det i målet ovissa faktumet blir därmed det teleologiska argumentet av pragmatisk och ej av teoretisk karaktär.³⁰ Skälet till att det ovissa faktumet slås fast är nämligen inte att det antas föreligga, utan att det m h t den handlingsdirigerande aspekten anses vara bra att lägga faktumet ifråga till grund för domen.³¹

För att nämna ett annat exempel där ett ovisst faktum kan komma att fastställas med andra skäl än teoretiska, kan vi anta att ena parten genom illojalt förfarande förstört viktigt bevismaterial. I sådant fall kan det te sig moraliskt riktigt att han drabbas av bevisbördan.

Pragmatiska och moraliska skäl eller överhuvudtaget skäl som inte är teoretiska visavi det i målet ovissa faktumet, kan således — inkapslade i en bevisbörderegeln — komma att användas för att fastställa fakta. Men dessförinnan har man då i allmänhet genom användandet av teoretiska skäl och fri bevisvärdering försökt att utreda vad som verkligen inträffat.

Jareborg har hävdatt att ett teoretiskt skäl är ett skäl att tro på något och ett pragmatiskt skäl ett skäl att göra något, men att pragmatisk argumentation också är teoretisk argumentation beroende på att ett skäl att tro på något också är ett skäl att göra något.³² Jag instämmer i att ett teoretiskt skäl kan vara ett pragmatiskt skäl, t ex kan ju skäl att tro att det skall bli dåligt väder vara skäl att inställa en planerad bilresa. Här finns emellertid också ett oförmedlat tema, som antingen är sant eller falskt: Antingen blir det dåligt väder eller ej. Och de teoretiska skälen pekar begreppsligt sett bara i en riktning, nämligen som skäl att tro att det blir dåligt väder eller inte. De pekar däremot inte entydigt i den riktningen att jag inte skall göra resan. Det är möjligt att jag gör resan även om det blir dåligt väder. Huruvida skälen att tro att det

³⁰ Anmärkas bör här, att bevisbördans placering enligt ett ändamålsresonemang förutsätter att placeringen ifråga bidrar till att realisera ändamålet bakom de materiella reglerna. Sätillvida ligger alltså även här teoretiska skäl (ett sannolikhetsantagande) bakom placeringen av bevisbördan; man utgår ju ifrån att det är sannolikt (i någon grad) att den ifrågavarande placeringen av bevisbördan bidrar till att realisera ändamålet med den materiella rätten. Visavi det faktum som fastställs i målet med hjälp av bevisbörderegeln ifråga är emellertid ändamålsargumentet pragmatiskt och inte teoretiskt. Ändamålsöverväganden säger ju ingenting om huruvida t ex en gäldenär i ett konkret fall betalt sin skuld eller ej. Jfr avsnitt 1.5.3 och 7.2.

³¹ Se vidare avsnitt 7.5 angående handlingsdirigering contra materiellt riktiga domar.

³² Se Jareborg: Värderingar s 62-64. Jfr resonemanget i not 30 ovan.

blir dåligt väder är skäl att inte göra resan beror således på mina värderingar och prioriteringar. Däremot är som sagt skälen att tro att det blir dåligt väder av sådan art att de endast pekar i riktningen dåligt väder eller ej. De är av kunskapsmässig art till stöd för ett sakförhållande som antingen är sant eller falskt.

Nu erkänner visserligen Jareborg att teoretiska och pragmatiska skäl skiljer sig åt beträffande arten av motivering. Vad som godtas som ett pragmatiskt skäl beror på den enskildes värderingar och prioriteringar, medan ett teoretiskt skäl begreppsligt pekar bara i en riktning.³³ Denna skillnad har Jareborg dock inte ansett tillräcklig för att särskilja de båda typerna av skäl.³⁴ Såvitt det gäller bevisvärdering är det dock, som framgått, väsentligt att klart skilja mellan teoretiska skäl och andra skäl.

Jag lämnar nu denna kortfattade orientering om vilka skäl som är relevanta vid juridisk bevisvärdering. I avsnittet om bevisemat kommer jag närmare att granska distinktionen mellan fakta och värderingar. I det närmast följande skall vi emellertid granska motivens objektivitetsbegrepp.

3.5 Motivens objektivitetsbegrepp

Förarbetena säger att domarens övertygelse skall vara objektivt grundad. Termen objektivitet används i skiftande sammanhang och i olika betydelser.³⁵ I förarbetena har begreppet objektivitet — som framgått — den betydelsen, att en objektiv bevisprövning är en sådan prövning som vilar på skäl, vilka kan *godtas av andra förståndiga personer*.³⁶

I vetenskapliga sammanhang brukar man tala om att en teori eller hypotes skall vara *intersubjektiv* eller *intersubjektivt* testbar. Kravet på intersubjektivitet innebär i korthet att en teori eller hypotes skall kunna *prövas* av andra forskare.³⁷ Det krav som finns uttalat i förarbetena,

³³ Jareborg: Värderingar s 226 f.

³⁴ Mycket tydligt hos Jareborg: Begrepp s 220: "Det finns ingen väsensskillnad mellan värderingar och utsagor om fakta (sakförhållanden)".

³⁵ Hermerén s 78 ff.

³⁶ Påståendet att bevisprövningen i denna mening skall vara objektiv var allmänt omfattad i äldre doktrin. Se tex Trygger: Skriftliga bevis s 48 och 60. Kallenberg II s 532 och Hassler: Bevisrätten och de extraordinära rättsmedlen s 11. I nyare doktrin ser man dock sällan att ett sådant objektivitetskrav ställs på bevisvärderingen. (Se dock Elwing: Rättegångsbalken s 177). Detta behöver naturligtvis inte innebära att det ifrågasvarande prövbarhetskravet förkastats. Jfr angående prövbarhet avsnitt 5.4.2 och 6.7.

³⁷ Hermerén s 117 ff.

att bevisbedömningen skall vila på skäl som kan godtas av andra förståndiga personer, innebär att även här uppställs ett krav på provbarhet, vilket för tanken till ett slags krav på intersubjektivitet. I det följande skall diskuteras innebörden av denna provbarhet och om det är ett rimligt krav i samband med bevisvärdering.

Hermerén definierar begreppet intersubjektivitet på ett sätt som torde motsvara den allmänna föreställningen angående innebörden i detta begrepp och som kan anknytas till det uttalande vi möter i förarbetena. Han säger:

”Låt X vara en vetenskaplig framställning eller undersökning, där forskaren A kommit till ett visst resultat vid undersökningen av ett bestämt problem med hjälp av vissa metoder M och vissa förutsättningar F. Jag skall då preliminärt säga att X är intersubjektiv, om det gäller att andra forskare B, C, skulle komma till samma resultat som A, om de försökte lösa samma problem som han och vid försöket använder metoden M och gör förutsättningarna F.”³⁸

Situationen vid bevisvärdering kan förefalla att vara analog med denna definition. Domaren kan ha att ta ställning till om händelsen X inträffat på grundval av vissa bevisfakta och därvid utgå ifrån vissa förutsättningar, t ex att ett visst beviskrav gäller. Har man små anspråk på vad som menas med metod i detta sammanhang, kan man mena att en sådan angetts i motiven genom att där sägs att bevisvärderingen skall ske med hjälp av allmänna erfarenhetssatser och slutledningsregler. Härigenom anges emellertid bara elementära grundelement och inte någon analytisk metod för beräkningen av bevisningens sammanlagda värde. Som sedan kommer att framgå vid behandlingen av tema- och värdemetoden, ger dessa detaljerade regler för analys, bearbetning och logisk sammanställning av de på empirisk väg bestämda bevisvärdena.

Den intersubjektivitet som Hermerén talar om, kräver givetvis, överförd på juridisk bevisvärdering, en mer exakt metodangivelse. Det räcker inte med att ge en allmän hänvisning till allmänna erfarenhetssatser och slutledningsregler,³⁹ utan det fordras också att regler ges för

³⁸ A a s 121.

³⁹ Det kanske inte föresvävade lagstiftaren, när han införde principen om fri bevisprövning, att förståndiga personer, som använder allmänna erfarenhetssatser och slutledningsregler, i någon mer betydande omfattning, skulle kunna komma fram till olika resultat. Jfr här Cohen: *Freedom of Proof* s 4 ff, som påpekar att principen om fri bevisprövning vilar på antagandet om en *universell kognitiv förmåga*. Vi antas m a o vara rationella och ha en medfödd förmåga att korrekt värdera och sammanväga information. Om det ifrågasatt antagandet är oriktigt raseras tydligen den fria bevisprövningens grundförutsättning, se Cohen a a s 14.

en analytisk sammanvägning av olika bevisfakta. Sådana regler ges av både tema- och värdeметoden. Metoderna behandlar emellertid samma slags information olika och ger därför olika bevisvärden.⁴⁰ Prövbarhet kräver nu först och främst att man vet vilken metod som använts vid bevisvärderingen. Denna förutsättning är nödvändig för att kontroll ska vara möjlig, men den är inte tillräcklig. Det fordras härutöver att varje domare ger samma bevis samma värde, och här, liksom i det förhållandet att beviskraven inte kan översättas till exakta siffror, ligger en stor stötesten. Värdet på ett bevis kan visserligen i en del fall ges ett fixerat matematiskt värde, t ex faderskapsindex på grundval av blodundersökning, men i regel måste värdet på det enskilda bevisfaktumet bestämmas intuitivt.⁴¹ Stening menar emellertid att värdet kan bestämmas ligga inom vissa intervaller.⁴² Stening har säkert rätt i att detta — åtminstone i flertalet fall — är möjligt. Men på grund av att det trots allt rör sig om intervaller, samt det förhållandet att fakta fastställs efter jämförelse med ett beviskrav som inte exakt kan fixeras, utan också flyter inom intervaller,⁴³ är ett krav på prövbarhet i sträng mening inte möjligt att tillgodose. Särskilt besvärliga är trovärdighetsbedömningar, vilka i praktiken säkerligen grundas både på moralvärderingar och erfarenhetssatser.⁴⁴ I den mån endast matematiska bevis förekommer är emellertid — i vart fall vad avser bevisvärdet — kontroll möjlig enligt ett strängt vetenskapligt kriterium.

Det är knappast heller möjligt för domaren att återföra och fördela sin sannolikhetsuppskattning på bestämda omständigheter som förekommit under huvudförhandlingen. Visserligen är det lätt att urskilja t ex vittnesutsagor, partsförhör och skriftliga bevis, men domaren får och skall beakta inte bara dessa lätt urskiljbara bevis, utan "allt" som förekommit under huvudförhandlingen, således även parternas argumentation och uppträdande. Vidare är det ju så beträffande bevis som tydligt kan urskiljas, t ex en vittnesutsaga, att denna, liksom den person som lämnar den, blir föremål för en närmare granskning. Men att exakt definiera och beskriva alla de nyanser och enskildheter i utsagan och det sätt på vilket den lämnats, vilka har betydelse för bevisbedömningen, torde vara omöjligt. Det finns alltså vissa oidentifierbara och svårbeskrivna omständigheter som inte kan fixeras, men som likväl

⁴⁰ Se härom Gärdenförs s 44 ff.

⁴¹ Stening: Bevisvärde s 49, Ekelöf: Rättegång IV s 24.

⁴² Stening: Bevisvärde s 61.

⁴³ Se Ekelöf: Rättegång IV s 30 och 87.

⁴⁴ Se Schneider: Beweis s 20 och Jackson: Questions of Fact and Questions of law s 97.

påverkar värderingen. Det är således inte bara på grund av att de enskilda bevisens värde i regel måste bedömas intuitivt, utan också därför att allt som påverkar bedömningen rimligtvis inte exakt kan *identifieras* och *beskrivas* som prövbarhetskravet, generellt sett, är orealistiskt.⁴⁵

Men även om man gjorde det antagandet, att de domare som dömer i målet kan uppfatta alla nyanser av relevans för bevisvärderingen, är det krav på prövbarhet *av en utomstående tredje* som motiven uppställer inte realistiskt. Att i domskälen förmedla text de subtila nyanser som kan finnas i ett vittnes sätt att tala, uppträda m m är inte möjligt så att det blir gripbart för den som *inte närvarit under huvudförhandlingen*. Och sådana nyanser kan, som framgått, påverka bevisbedömningen. Som Halldén säger, kan det räcka med en min av lättnad hos den som trott att en lögn gått hem, för att bedömaren skall få klart för sig hur det ligger till.⁴⁶ Det är väl för övrigt heller knappast denna typ av omständigheter som förarbetena avser med "grunder" för övertygelsen, vilka skall redovisas i domskälen. Denna bedömning kan ju inte prövas av den som inte närvarit under huvudförhandlingen. Tilltron till sakligheten vid bevisbedömningen skulle dessutom kunna äventyras om man i domskälen kunde läsa: "Rätten fäster ej tilltro till A:s utsaga eftersom han visade en min av lättnad." Man kan heller inte bortse ifrån att det är en känslig sak att "pricka" vittnen och andra som inför rätten lämnat muntliga uppgifter, dvs att i domskälen rakt på sak och utan omsvep förklara varför de inte ansetts som trovärdiga.⁴⁷

Det är vidare mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att närmare avgränsa den personkrets som är att betrakta som "förståndiga". Dessa figurer existerar lika lite som den gode familjefadern (bonus pater familias), utan utgör undflyende statistiska figurer, vilka inte existerar i sinnevärlden.⁴⁸ Det är dessutom i många fall svårt för en "förständig" lekman att pröva domstolens bevisbedömning, beroende bl a på det samband som råder mellan bevis- och rättsfrågor. Det är ju inte så, vilket framgick inledningsvis, att bevisfrågorna saknar samband med rättsfrågorna, utan valet av relevanta fakta som skall fastställas genom bevisningen sker med beaktande av innehållet i den tillämpliga rättsregeln. För att förstå varför domstolen lagt ett visst faktum till grund för domen måste detta sammanhang förstås. Jag skall belysa detta med ett exempel.

⁴⁵ Jfr Walters s 263.

⁴⁶ Halldén: Sannolikhetens logik s 67.

⁴⁷ Lindhagen i SvJT 1947 s 325.

⁴⁸ Walters s 166 f.

Ibland ges begreppet "borde ha insett", vilket förekommer i rättsregler,⁴⁹ en *speciell juridisk innebörd*, som avviker från begreppets naturliga betydelse, d.v.s dess betydelse enligt allmänt språkbruk. Förstås begreppet så, att därmed åsyftas vad en annan person *faktiskt* borde ha insett (naturlig betydelse) är bedömningen av rekvisitet kunskapsmässig, och hör till sakfrågan. Då utgår man ifrån vad människor i allmänhet eller en viss grupp av människor erfarenhetsmässigt förstår givet vissa fakta. Ges begreppet å andra sidan en juridisk betydelse, kan det fastslås att ett visst faktum har den juridiska betydelsen att rekvisitet "borde ha insett" är uppfyllt, alldeles oavsett om personen *faktiskt* borde ha insett omständigheten ifråga eller ej. Därmed kommer eventuella bevis för vad personen faktiskt borde ha insett att helt sakna relevans. Den som nu inte förstår, att begreppet getts en särskild juridisk betydelse, kommer förmodligen att anse bevisbedömningen vara felaktig. I själva verket rör det sig dock här inte om en bevisutan om en rättsfråga. Härtill kan tilläggas, att även när det rör sig om ren bevisvärdering det — åtminstone i komplicerade och vidlyftiga mål — fordras erfarenhet och förtrogenhet med denna verksamhet för att resultatet skall bli så bra som möjligt. Och den förståndige mannen på gatan torde vara sämre skickad än yrkesdomaren på att utföra denna slags bedömningar. I den mån man önskar ett kontrollkriterium bör det således i stället vara att bedömningen skall kunna godtas av andra förståndiga *domare*.⁵⁰

Av det anförda har framgått, att provbarhetskravet bör förkastas såsom varande orealistiskt.⁵¹ Man kan dessutom hävda att detta krav strider mot principen om fri bevisprövning. Kravet verkar nämligen innebära, att även om domaren skulle vara övertygad om ett faktum på grundval av den förebragta bevisningen, han inte får lägga detta faktum till grund för domen, om han tror eller vet att andra personer, t.ex. domarkolleger som han diskuterat fallet med, inte delar hans bedömning.⁵² Naturligtvis finns det i ett sådant fall anledning för domaren att ompröva sitt ställningstagande, men att han skulle vara tvungen att

⁴⁹ Jfr avsnitt 11.4.

⁵⁰ Jfr Walters s 166.

⁵¹ Jfr Augdahl s 9: "En dommer har åbenbart ikke å spørre sig selv: Mon tro hvilken overbevisning kyndige og upartiske menn — f.eks. herr A. og herr B. — måtte kunne nå frem til på grunnlag av det i denne prosess fremkomme? Han har derimot å stille sig følgende spørsmål: Hvilken overbevisning er *du* — som den presumtivt kyndige og opartiske mann *du selv* er — nådd frem til?"

⁵² Walters s 168.

ändra sin bedömning till förmån för kollegornas verkar inte förenligt med principen om fri bevisprövning. Skillnaden i bedömningen kan för övrigt också bero på skilda åsikter beträffande innebörden av det aktuella beviskravet. Lika lite som bevisvärdet kan exakt bestämmas kan — som nämnts — beviskravet ges en objektiv fixering.⁵³ Vore det emellertid så, att domaren felaktigt utgått från tex beviskravet ”sannolikt”, medan det enligt gällande rätt ligger på ”styrkt”, har han gjort en miss i den rättsliga bedömningen och bör ändra sig.

Beträffande beviskraven bör observeras, att ju färre dessa är, desto större blir möjligheterna att nå enighet beträffande resultatet av bevisvärderingen domare sinsemellan, och för utomstående att acceptera bedömningen. Fanns tex endast två beviskrav tex ”antagligt” och ”uppenbart” skulle *valmöjligheterna* för uttryckandet av resultatet av bevisvärderingen bli färre, än om beviskraven hade tex tio språkliga nyanser. Och med antalet valmöjligheter ökar risken för skilda meningar.⁵⁴

Ser vi sedan på *redovisningskravet*, så måste konstateras, att en bedömning som är prövbar genom kontroll av domarens skriftligen redogjorda grunder, måste vara legal till sin natur. Kravet på prövbarhet strider således mot grundtanken bakom införandet av den fria bevisprövningen. Detta hänger samman med att allt relevant material inte kan tas med i skrift. Skulle bevisprövningen endast begränsas till vad som kan uttryckas i skrift blir den omedelbara konsekvensen en slags legalitet. Av detta skäl kan formuleringen i motiven vara olycklig, nämligen om den uppfattas så, att domaren vid bevisvärderingen får beakta *endast* vad som kan redovisas i skrift. Det nu anförda sammanhanget har lagstiftaren också haft klart för sig. På ett annat ställe i PK:s betänkande kan vi nämligen läsa följande. (Det gjorda uttalandet har skett i samband med funderingar rörande frågan muntlighet contra skriftlighet):

”Men även om den största noggrannhet iakttages vid återgivande i skrift av muntliga utsagor och iakttagelser av andra sakförhållanden, är det dock icke möjligt att så avfatta den skriftliga redogörelsen, att läsaren får samma intryck därav som den får vilken omedelbart iakttagit vad som förekommit. Skriften kan aldrig bli mera än en matt och färglös bild av händelseförloppet: *åtskilliga moment av betydelse måste alldeles lämnas åsido*. Sålunda är det för uppskattningen av ett vittnesmåls värde ofta av avgörande betydelse

⁵³ Se även ovan avsnitt 1.2 vid not 12.

⁵⁴ Jfr Ekelöf a s 87.

att se och höra huru vittnesmålet avlägges, och att få en på omedelbar iakttagelse grundad uppfattning av vittnets person. Likaledes kan man ofta av en målsägandes eller en tilltalads hela uppträdande få en god ledning för bedömning av vilken trovärdighet man skall tillerkänna hans utsaga. Skriftligheten leder därför också till att domstolen icke blir i stånd att vid sitt avgörande beakta alla omständigheter, som äro av betydelse i bevisningshänseende. *Med skriftligheten följer den begränsning för domstolen härutinnan, som lagarna brukat uppställa i form av en legal bevisteori.*"⁵⁵

Om vi jämför detta uttalande med de tidigare citerade uttalandena av PK och PLB, att bevisbedömningen skall kunna godtas av andra förståndiga personer genom att grunderna för domarens övertygelse anges i domskälen, finner vi att de är motsägelsefulla. När det nämligen nu är så att skriftligheten medför att "åtskilliga moment av betydelse" måste lämnas därhän, hur skall då andra "förståndiga personer", genom att läsa domskälen, kunna kontrollera bedömningens riktighet? Svaret är att detta inte är möjligt annat än i de fall där bevisningen är påtaglig och med betydande styrka pekar i en viss riktning. I dessa fall framstår det dock i regel inte som så angeläget att domaren närmare redogör för bevisvärderingen; bevisen är så påtagliga att de talar för sig själva. När det däremot är frågan om vaga bevis, som kanske pekar i flera riktningar, eller långa beviskedjor, är det angeläget att veta hur domaren har resonerat. Men just i dessa fall kan en fullständig redovisning av bevisbedömningen ofta inte ske.

För att en framställning skall vara objektiv får den bla inte vara *missvisande*.⁵⁶ En framställning kan vara missvisande även om den inte innehåller ett enda falskt påstående, nämligen om texturvalet av fakta, synpunkter eller jämförelseobjekt är *ensidigt*.⁵⁷ Då kan framställningen få läsaren att tro på falska påståenden, trots att varje påstående i och för sig är sant.⁵⁸ Tydligen kan en framställning i domskälen om varför ett faktum ansetts bevisat i många fall inte vara objektiv, eftersom allt som påverkat domarens ställningstagande inte kan uttryckas i skrift.

Domaren beaktar alltså även sådant som inte redovisats i domskälen och man kan därför fråga sig om inte de oavsiktligt tendensiösa domskälen bara är skådebröd för allmänheten. Jag återkommer till varför trots allt grunderna för övertygelsen bör anges i domskälen, men vill dess-

⁵⁵ SOU 1926:32 s 20 (min kurs).

⁵⁶ Hermerén s 96.

⁵⁷ A st.

⁵⁸ A st.

förrinnan påpeka, att domskälen blir tendensiösa endast om domaren skulle försöka ge en *fullständig beskrivning* av varje omständighet som påverkat hans ställningstagande. Nöjer han sig däremot med att i generella termer ange att "med hänsyn till vad som förekommit i målet ..." "av utredningen framgår ..." etc, drabbas han inte av denna kritik, eftersom de generella formuleringarna innesluter "allt som förekommit". Det brukar ofta riktas kritik mot denna typ av formuleringar, men med hänsyn till det anförda har de ett visst berättigande. Man kan emellertid begära att domstolen så långt som möjligt försöker att beskriva varför fakta ansetts bevisade, och endast använder en generell formulering för den "restpost" som inte kan identifieras och beskrivas.

Varför har då lagstiftaren ställt upp ett krav på provbarhet? Enligt min bedömning beror detta på att när motiven skrevs rättsmedvetandet fortfarande var starkt influerat av den legala bevisteorin och grundtankarna bakom denna. Som framgick av den historiska översikten var ett av de främsta skälen till införandet av den legala bevisteorin att man ville ha möjligheter att kontrollera domarens bevisprövning.⁵⁹ När man nu införde den fria bevisprövningen ville man tydligen inte ge avkall på denna kontrollmöjlighet, trots att fri bevisprövning kraftigt begränsar möjligheterna till en sådan kontroll.

En konsekvens av att det är mycket svårt, och ibland omöjligt, att i domskälen ge en fullständig uppräknings av allt som påverkat bevisbedömningen, kan förefalla vara, att domskälen inte bör innehålla något i denna del. I varje fall inte om syftet härmed är att andra skall kunna kontrollera bedömningen. Det finns heller ingen regel i rättegångsbalken som säger att domen skall innehålla en redovisning av hur bevisningen bedömts. Den regel som är av intresse i sammanhanget är RB 17:7 och den säger att domen skall innehålla uppgift å vad i målet är bevisat. Stadgandet måste förstås så, att det är slutsatsen och inte grunderna för denna som skall redovisas.

För tillämpningen av *tilltrosparagraferna* (RB 50:23 och 51:23) är det dock nödvändigt att rätten motiverar hur bevisningen bedömts. Dessa regler säger i grova drag att ifall utgången av målet beror på tilltron till viss bevisning, högre instans i princip inte får ändra på bedömningen av beviset, såvida detta inte upptas på nytt i den högre instansen.⁶⁰ För att dessa regler skall vara möjliga att tillämpa måste det av domskälen framgå hur bevisningen värderats. Detta påpekas också i motiven

⁵⁹ Se avsnitt 2.4.

⁶⁰ Se härom Dufwa: Tilltrosparagraferna s 146 ff.

till RB 17:7.⁶¹ Att bevisbedömningen motiveras har naturligtvis också betydelse för parts möjligheter att bedöma om domen skall överklagas.⁶²

Rätten är alltså på de anförda reglerna tvungen att så långt som möjligt ange hur bevisningen värderats. Någon möjlighet till prövbarhet i sträng mening går dock inte, som ovan visats, att genomföra i ett system med fri bevisprövning, varför detta inte kan anföras som skäl till att bevisbedömningen skall motiveras, men trots att ett krav på prövbarhet i sträng mening inte kan tillgodoses, skall inte förnekas att det i *grova drag* kan anges hur bevisningen värderats. Och det är säkert nyttigt för domaren att, så gott det går, skriftligen redogöra för hur bevisningen värderats och då veta att en kritisk publik läser hans överväganden. Domaren kanske härigenom tänker sig för mera noggrant och därvid upptäcker oklarheter, och kanske även felaktigheter, i sitt resonemang, vilka eljest skulle ha undgått upptäckt. Skriftlig redovisning av grunderna för övertygelsen tjänar nog därför mer till att övertyga domaren än andra om bedömningens riktighet.⁶³

3.6 Den fria bevisprövningens räckvidd.

3.6.1 Inledning

I det inledande kapitlet såg vi att det är tolkningen av rättsatsen som bestämmer vilka fakta som är relevanta resp irrelevanta och således blir bevis temat bestämt utifrån rättsliga överväganden. För att anknyta till formuleringen i RB 35:1 skall således rätten genom en prövning som hör till rättstillämpningen avgöra vad i målet som skall bevisas, medan frågan om detta 123vad123 är bevisat hör till bevisvärderingen.

Frågan om omfattningen av tillämpningsområdet för RB 35:1 och avgränsningen mot rättsfrågor är emellertid inte närmare behandlat vare sig i lag, förarbeten eller praxis och man kan tex fråga sig om frågan "vad" som skall ingå i bevisvärderingen alltid låter sig urskiljas som en tydlig rättsfråga. Vi skall i det följande titta lite närmare på den fria bevisprövningens räckvidd, varvid vi får anledning att ta upp bla den ovan ställda frågan till en närmare granskning.

⁶¹ Motiven s 210.

⁶² A s 211.

⁶³ Så också Lindhagen i SvJT 1947 s 322.

3.6.2 Regler som utesluter bevisvärdering

Det finns rättsregler som utesluter bevisvärdering. I de dispositiva målen har rättens befogenhet att utreda sanningen i vissa fall inskränkts eller bortfallit helt till förmån för parts dispositionsrätt i processen. Jag har tidigare berört dessa regler, men skall ge en kort resumé. Enligt RB 35:3 skall parts erkännande i dispositivt mål gälla mot honom, utan att dess riktighet undersöks. Vidare får inte rätten enligt RB 35:6 utan framställning av part, höra vittne, som inte förut hörts på parts begäran, eller meddela föreläggande om företeende av skriftligt bevis. Och enligt RB 17:3 p 2 gäller att en omständighet måste ha åberopats för att rätten skall få lägga den till grund för domen. Detta innebär att bevisvärdering rörande en icke åberopad omständighet kan bli meningslös.⁶⁴ Vidare skall erinras om att part i dispositivt mål kan efterge eller medge ett käromål, samt vitsorda grunden för käromålet. Genom dessa dispositioner blir bevisvärdering onödig. Vidare behöver notoriska fakta inte bevisas.

Slutligen skall nämnas att det finns regler rörande bevisföringen vilka anger att en omständighet kan bevisas endast på ett visst sätt. Rättegångsombud skall *tex* styrka sin behörighet med skriftlig fullmakt. Ett annat exempel är att lagakraftvunnen arrendesyn utgör fullt bevis för arrendeställets skick. Motbevisning är här inte tillåten. De ifrågavarande bevisföringsreglerna utesluter fri bevisvärdering rörande den omständighet som det exklusiva beviset är inriktad på. Görs invändning att en fullmakt är förfalskad är däremot bevisföringen fri rörande denna fråga.⁶⁵

I de indispositiva målen ansvarar rätten för utredningens fullständighet och kan således *ex officio* införskaffa bevisning. Den är inte heller bunden av erkännanden, medgivanden och eftergivanden. Något krav på åberopande finns inte heller.

3.6.3 Bevisvärdering vid summarisk prövning — typbevis

Möjligheterna för rätten att *maximalt* utnyttja den fria bevisprövningens räckvidd; att allsidigt få samtliga fakta av betydelse noggrant undersökta, beror på hur omfattande utredning som görs. I de dispositiva målen kan utredningsmaterialet vara av mindre omfattning än i

⁶⁴ Fungerar omständigheten samtidigt som bevisfaktum kan emellertid bevisvärdering bli aktuell. Se avsnitt 1.3.2.

⁶⁵ Se härom Ekelöf: Rättegång IV s 52.

de indispositiva målen. När prövningen är av summarisk karaktär såsom vid summarisk process, (betalningsföreläggande, lagsökning och handräckning), beslut om säkerhetsåtgärd, (tex häktning och kvarstad), inhibition, interimistiska beslut och i utmättnings/handräckningsmål, blir omfattningen av den fria bevisprövningen begränsad p g a att förfarandet är så anordnat att sakförhållandena inte kan utredas ordentligt. Detta medför som regel, att bevisbedömningen kommer att ta sikte på vad vi kan kalla *typbevis*, dvs omständigheter vilka utgör typiskt tillförlitliga tecken på existensen av ett faktum.⁶⁶

Som exempel på typbevis kan nämnas kontrakt, skuldebrev, fakturor, depositionsbevis, bankböcker och registerhandlingar av olika slag. Till typbevisen hänför jag även presumerande omständigheter, tex att en klar och förfallen skuld inte betalats, besittning och intyg enligt GB 6:9. Flertalet typbevis är *skriftiliga*, men det finns även sådana som kan beskrivas som ett tillstånd, tex besittning.

Gemensamt för typbevisen är att de är *generella* och inte *individuella*. De utgör bevis för att en rättshandling utförts eller för att ett rättsförhållande föreligger, utan att därvid vara inriktade på konkreta fakta i det individuella fallet. Således kan tex ett kontrakt utvisa att en sak "lånats" eller en registerhandling att någon "äger" något, utan att handlingen uppräknar de konkreta fakta som ligger bakom den rättsliga beteckningen. I typbevisen är alltså själva subsumtionen oftast redan utförd.

Riktas invändning mot ett typbevis, tex att ett skuldebrev är förfalskat eller att vad som i ett kvitto betecknats som "köp" i realiteten var ett "lån", krävs individuell bevisning — tex genom vittnen — rörande fakta i det föreliggande fallet för att sanningen skall kunna utletas. Förekommer vid summarisk prövning invändningar mot ett typbevis blir följden ibland den, att målet hänskjuts till rättegång för en individuell prövning.⁶⁷

För att närmare belysa vad som ovan sagts skall vi titta lite grand på UB 4:19 och vissa uttalanden som gjorts angående tillämpningen av denna regel.

UB 4:19 stadgar att om gäldenären är gift och varaktigt sammanbor med sin make, och de har lös egendom i sin gemensamma besittning, gäldenären skall anses som ägare till egendomen, om det ej görs sanno-

⁶⁶ Förväxla inte dessa typbevis med Zahles "manifesta standardbevis". Zahle menar ju att sådana krävs även i ordinär rättegång. Angående Zahles teori, se avsnitt 1.2.

⁶⁷ Se tex § 10 Lagsökningslagen och 4:20 Utsökningsbalken.

likt, att de är samägare till egendomen enligt lagen om samäganderätt. Utskottet, som formulerat regeln, har framhållit några omständigheter som bör beaktas vid tillämpningen av den. Utskottet säger:

”Sålunda bör det förhållandet, att det av en skriftlig handling — t ex en faktura — framgår att båda makarna står som köpare, i allmänhet ensamt vara tillräckligt som bevis för att samäganderätt föreligger. Vidare kan det förhållandet att i samband med förvärvet av egendomen ett belopp, som ungefärligen motsvarar köpesumman, tagits ut från ett bankkonto som disponeras av båda makarna, ensamt anses tala för att egendomen är samägd. Detsamma bör gälla, när makarna i anslutning till förvärvet tagit ut pengar från konton som de disponerar var för sig. Den omständigheten att båda makarna haft faktiska inkomster i förening med att egendomen ifråga typiskt sett är sådan att den kan antas vara anskaffad för makarnas gemensamma bruk bör också kunna tillmätas vikt.”⁶⁸

I motiven har man alltså sagt vilka omständigheter som bör räcka för att sannolika skäl skall anses föreligga. Denna uppräknings av omständigheter — typbevis — liknar onekligen en legal reglering, men bär inte en sådans absoluta prägel. Det sägs ju inte att de uppräknade omständigheterna *alltid* utgör tillräckligt bevis, utan att de *normalt* borde vara det.

Jag betraktar emellertid de uppräknade omständigheterna som ett slags bevisvärderegler. I motiven har ju sagts att en uppräknad omständighet normalt har det värdet att sannolika skäl skall anses föreligga. Mot denna uppfattning skulle möjligen kunna anföras att de anförda omständigheterna inte är att betrakta som bevisvärderegler, utan som presumtioner, vilka reglerar bevisbördan. Regeln skulle i så fall bestå av två presumtioner; besittningen presumerar individuell äganderätt (om denna presumption råder ingen tvekan), och en uppräknad omständighet presumerar samäganderätt. Föreligger då en uppräknad omständighet skulle bevisbördan övergå till borgenären, som har att bevisa att sannolika skäl inte föreligger trots den uppräknade omständigheten. Regeln är emellertid i sitt andra led inte konstruerad som en presumtion. Föreligger en uppräknad omständighet skall normalt sett samäganderätt anses föreligga och därmed är egendomen fredad från utmätning. Enligt utskottet kan heller inte utmätning ske med förbehåll för tredje mans rätt (UB 4:22) om sannolika skäl föreligger för att egendomen är samägd.⁶⁹

⁶⁸ LU 1980/81:23 s 30. Ang detta uttalande, se också Heuman i Advokaten 1986 s 51.

⁶⁹ A a s 31.

Man kan naturligtvis anse det betänkligt, att lagstiftaren på detta sätt — genom föreskrifter i motiven — försöker reglera bevisvärdet, vilket naturligtvis även påverkar bevisföringen. Den fria bevisprövningen är dock *inte skyddad i grundlagen* och torde därför gälla endast försåvitt inget annat är föreskrivet. Samtidigt bör ånyo framhållas, att det vid summarisk prövning torde bli ofrånkomligt med en schablonartad bevisvärdering, vid vilken typbevis får stor betydelse. Den summariska prövningen medger ju inte en allsidig och inträngande undersökning av detaljer i det enskilda fallet, varför domstolen får nöja sig med typiskt tillförlitliga tecken som bevis för relevanta omständigheter. Att sedan dessa typbevis anges i motiven underlättar den snabbhet och effektivitet i handläggningen som åstundas och som krävs vid summarisk prövning.⁷⁰ Denna slags bevisvärdereregler i motiv ser man inte heller när det rör sig om ordinär process.

För att kort sammanfatta så gäller den fria bevisprövningen även när prövningen är av summarisk karaktär. I dessa fall kan emellertid syftet bakom den fria bevisprövningen — att nå det materiellt sanna — i mer begränsad omfattning göra sig gällande p g a att utredningen med nödvändighet blir knapp.⁷¹ Detta är också anledningen till att typbevis används.

3.6.4 Användningen av presumtioner hör till rättstillämpningen

Det är inte vanligt att HD prövar enbart bevisvärderingsfrågor. HD skall ju, vilket tydligt markerades vid fullföljdsreformen 1971, framför allt pröva frågor som är av vikt för rättstillämpningen. Genom att bevisvärderingen är fri ligger det dessutom i sakens natur att ett prejudikat normalt inte kan avse själva bevisvärderingen. Vid en genomläsning av rubrikerna till rättsfallen i NJA I finner man visserligen ett antal mål som anges gälla "bevisfrågor". Studerar man dessa rättsfall ser man dock att HD som regel inte alls uttalar sig om hur vissa bevis skall värderas, utan i stället har tagit ställning till frågor rörande bevisbörda och beviskrav, eller andra rättsfrågor. Jag skall ge ett exempel på detta och samtidigt visa hur användningen av en presumtion hör till rätts-

⁷⁰ Jfr lagutskottet a a s 29: "Vidare bör reglerna, med hänsyn till utmätningsförfarandets summariska karaktär, *vara lätta att tillämpa* för kronofogdemyndigheterna. Lagstiftningen får inte heller innebära att en opåkallad fördel ges åt vare sig borgenären eller att effektiviteten i utmätningsförfarandet äventyras" (min kurs).

⁷¹ Beträffande frågan om knapp utredning gör det svårt att tillfredsställa ett högt beviskrav, se avsnitt 9.4.4.

tillämpningen. Presumptionerna kommer sedan att behandlas utförligt i kap 8.

NJA 1981 s 448. Till gäldande av A:s skuld utmättes en fastighet som A:s fästmö förvärvat av annan före utmätningen. I målet uppkom frågan "*vilken bevisning*" som fordrades för att A skulle anses ha varit fastighetens ägare. I HD:s utslag, stod bl a: "Enligt 82 § 1 mom UL skall den som har lagfart på fast egendom antagas vara ägare till egendomen, om det ej styrks att den tillhör annan. Den sistnämndes rätt kan i regel styrkas endast genom förekomsten av en formellt riktig fångeshandling, som leder tillbaka till senaste lagfart".⁷²

Av rättsfallet framgår att den presumtion för äganderätt som lagfart ger i princip kan brytas endast genom företeendet av en formellt riktig fångeshandling. I målet förekom utredning om fästmöns ekonomi, som syftade till att visa att hon omöjligen kunde haft råd att förvärva fastigheten. Denna bevisning, som hade en avsevärd tyngd, lämnades, såvitt framgår av beslutet, helt utan avseende. Det kan påpekas att HD hänför sig till ett uttalande i motiven i vilket det uttryckligen sägs att det i regel krävs en formellt riktig fångeshandling.

Jag vill här inskjuta att rättsfallet har det gemensamt med den nyss diskuterade bestämmelsen i UB 4:19 och de uttalanden i motiven som gjorts i anslutning till denna regel, att det i båda fallen handlar om en kodifierad presumtion som kan motbevisas. Till skillnad från andra presumtioner anges emellertid i dessa fall vilken typ av motbevisning som normalt krävs för att presumptionen skall falla. Såvitt jag har kunnat se förekommer inte detta vad gäller sådana presumtioner som används i ordinär process. Där sägs inte, varken i lag eller motiv, vilka omständigheter som normalt bryter presumptionen. Denna skillnad sammanhänger enligt min mening med — vilket tidigare berörts — att det i den ordinära processen släpps in så mycket bedömningsmaterial, att det vore utsiktslöst att på förhand försöka säga något om vad som bör vara tillräckligt bevis. I ett summariskt förfarande är detta både möjligt — som vi sett — men även önskvärt. Antag sålunda att man i stället för att föreskriva att det normalt behövs skriftlig fångeshandling för att styrka äganderätt fordrat stark bevisning, utan att säga något om hur äganderätten skall styrkas. Eller antag, för att återknyta till UB 4:19, att man endast sagt att det fordras sannolika skäl, utan att säga något om vad som krävs för att sannolika skäl skall anses föreligga.

⁷² Min kurs. Jag citerar här rubriken till rättsfallet.

I så fall skulle skapas en betydligt större osäkerhet än vad som är fallet med nuvarande regleringar, vilket vore till men både ur omsättnings- och processekonomisk synpunkt. Den nuvarande regleringen befrämjar onekligen snabbhet i handläggningen, trygghet i omsättningen, förutsebarhet och likabehandling. Nackdelen är risken för oriktiga beslut, en risk som ökar genom att gäldenärer kan läsa i förarbetena vilka dispositioner de bör vidta för att rädda egendom från utmätning. Jag tänker här på motiven till UB 4:19.

För att nu återgå till det nyss anförda rättsfallet, så prövar HD här inte en bevisvärderingsfråga — vilket man kan tro när man läser rubriken — utan talar i stället om att det inte skall förekomma någon bevisvärdering. Av rättsfallet framgår nämligen att vad som i förevarande situation erfordras är existensen av en formellt riktig fångeshandling. Frågan om en formellt riktig fångeshandling bör krävas är en *rättsfråga*. Vidare är en *rättsföljd* och inte en bevisverkan knuten till en formellt riktig fångeshandling. Vilken betydelse som skall tillmätas en formellt riktig fångeshandling anges ju av rättsreglerna. Betydelsen av denna omständighet får sålunda inte bedömas fritt av domaren. På motsvarande sätt förhåller det sig med lagfart. Även denna omständighet utgör ett *rättsfaktum*.

Låt oss nu anta att det i ett mål föreligger en lagfart, men att det görs gällande att lagfartsinnehavaren inte äger fastigheten. Till stöd för denna invändning åberopas en formellt riktig fångeshandling. Om den fångeshandling är riktig — och ej av någon anledning ogiltig — anger en *rättssats* att den som innehar den formellt riktiga fångeshandlingen skall betraktas som ägare. I domskälen till rättsfallet används emellertid uttrycket att ”den sistnämndes rätt i regel kan styrkas endast genom förekomsten av en formellt riktig fångeshandling”. Som bekant används begreppet ”styrkt” i regel för att beteckna en viss bevisstyrka. Skrivningen i fråga antyder därför att lagfart utgör ett bevisfaktum med bevisvärde, vars bevisverkan kan brytas tillbaka med en formellt riktig fångeshandling.⁷³ Det sägs också ofta i doktrinen att det krävs *stark bevisning* för att en presumption skall kunna brytas tillbaka.⁷⁴ I

⁷³ Agell: Äganderätten till fastighet för makar och samboende, behandlar det rättsfall som här diskuteras på sid 119 ff. Nämnas kan här att Agell på s 104 talar om ”lagfartens bevisvärde” för äganderätten.

⁷⁴ Se t ex Bolding: Bevisbördan s 140 som säger att presumptionen ger ”en omständighet ett större värde genom att föreskriva att omständigheten ifråga skall läggas till grund för domen såvida icke *motbevisningen* är av viss högre styrka” (Bodings kurs). Se även

realiteten förhåller det sig emellertid så, att en rättssats är knuten till den formellt riktiga fångeshandlingen och att denna rättssats s a s upphäver den rättsverkan som är knuten till lagfart.

Det ovan anförda har avsett det fallet att fakta i målet är ostridiga och att någon motbevisning således inte förekommit. Att det i sådant fall är olika rättssatser som aktualiseras är väl trivialt, men jag påpekar det i alla fall eftersom den terminologi som vi sett användas undanskymmer detta förhållande. När motbevisning aktualiseras blir situationen mer komplicerad och måhända tar bevisterminologin i praxis och doktrin sikte på just denna situation. Här uppstår frågan om lagfart kan betraktas som motbevis mot de invändningar som kan göras mot den äganderättstitel som lagfarten presumerar. Frågan om en presummande omständighets bevisvärde kommer att behandlas utförligt i kapitlet om presumptioner. Jag skall emellertid i viss mån föregripa resultatet av undersökningarna i detta kapitel genom att redan här påpeka att genom invändningar *andra temata* aktualiseras än — för att nu anknyta till rättsfallet — äganderätt som *komplext rättsfaktum*, och att den presummande omständigheten lagfart — vilken står i förbindelse med det *icke upplösta* komplexa rättsfaktumet äganderätt — normalt inte kommer att stå i någon bevisrelation till de konkreta fakta som invändningarna aktualiserar. Vi kan därför påstå, att i de fall ingen motbevisning förekommer, rättsföljden äganderätt slås fast av den presummande omständigheten i dess egenskap av rättsfaktum, och att ifall en formellt riktig fångeshandling företes — och fakta är ostridiga — en annan rättssats säger att innehavaren av den formellt riktiga fångeshandlingens skall betraktas som ägare. Förekommer å andra sidan motbevisning kommer olika konkreta fakta att bli bevistemata. Den presummande omständigheten, som endast tar sikte på det komplexa icke upplösta rättsfaktumet, kommer därmed att som regel sakna bevisverkan. Påståendet att det fordras stark bevisning för att bryta tillbaka verkan av en presumption är därmed under alla omständigheter missvisande.⁷⁵ Svårigheten ifråga ligger normalt inte alls på bevissidan utan på ”rättsidan”; det torde vara svårt att hitta fakta med en sådan *rättslig tyngd* att det kan anses motiverat att frånga huvudregeln.

Sammanfattningsvis så hör tillämpningen av presumptioner till rättsan-

Wrede s 34 som säger att motsatsen med fulla skäl måste ådagaläggas. Angående rättsfallet NJA 1981 s 448 se även Agell a s 120 som säger att uttrycket ”i regel” kan tyda på att utmätning av en huvudmans dolda äganderätt skulle vara möjligt om ”bevisningen vore tillräckligt stark” (min kurs).

⁷⁵ Se härom mera utförligt avsnitt 8.4 och 8.5.3.

vändningen. Deras användning går således inte in under RB 35:1. Detta hindrar naturligtvis inte att en presummande omständighet kan äga ett visst bevisvärde. Terminologin i doktrin och praxis undanskymmer emellertid det ovannämnda förhållandet. Detta kan bero på en förväxling eller sammanblandning av bevis- och rättsfrågor. En annan möjlighet är att beviskravstermer av formuleringstekniska skäl används även i förbindelse med rättsfrågor.⁷⁶

3.6.5 HD ger prejudikat rörande bevisvärderingen

Ett prejudikat kan, som ovan nämnades, normalt inte avse själva bevisvärderingen eftersom denna enligt RB 35:1 är fri. Det förekommer emellertid att HD tar upp och prövar mål där den principiella frågan rör enbart bevisvärderingen och därvid anger riktlinjer för hur viss bevisning bör värderas. Sådana fall är inte vanliga, men det har tex rätt delade meningar, både i doktrin och praxis, rörande frågan om den presumerade omständigheten i FB 1:5 — faderskap — bör tillmätas bevisvärde för den presumerande — samlag. I NJA 1951 s 744 konstaterade HD att föreliggande blodundersökning gav stöd åt moderns uppgifter, att svaranden var far till barnet. Även Walin säger i sin kommentar till FB att den presumerade omständigheten också i viss mån stöder uppgift om samlag.⁷⁷ I NJA 1984 s 49 däremot, ställer sig HD skeptisk till att tillmäta den presumerade omständigheten bevisvärde. Av samma uppfattning är Saldeen.⁷⁸ Skälet till den reserverade hållningen är att faderskapssannolikheten beräknas på förutsättningen att samlag ägt rum, varvid man hamnar i ett cirkelresonemang om faderskapssannolikheten bedöms vara ett bevisfaktum för samlag. Då nu HD i det sistnämnda rättsfallet går in och säger att denna svårbedömda omständighets bevisvärde skall värderas försiktigt, kan domstolen sägas ha angett riktlinjer för bevisvärderingen och därmed gett ett prejudikat som rör bevisvärderingen. Samma resonemang gäller naturligtvis rättsfallet från 1951, men detta är ju numera överspelat.

De två rättsfallen visar dels att det faktiskt förekommer att HD ger riktlinjer i frågor som rör enbart bevisvärderingen och därmed dels också en begränsning i den fria bevisprövningens räckvidd. I realiteten får vi nämligen se saken så, att en bevisvärderingsfråga s a s blivit en rättsfråga. Normalt borde ju m h t RB 35:1 varje domare fritt få avgöra

⁷⁶ Se härom avsnitt 9.3.

⁷⁷ Walin: Kommentarer till Föräldrabalken s 67.

⁷⁸ Saldeen: Fastställande av faderskap s 73 ff.

vilket bevisvärde som bör tillmätas den presumerande omständigheten i FB 1:5.⁷⁹ Den faktiska bundenheten till prejudikat medför emellertid att värderingen i fortsättningen kommer att följa HD:s riktlinjer.

För att kort sammanfatta så förekommer det att HD ger prejudikat rörande bevisvärderingen. Sådana prejudikat visar bl a en begränsning i den fria bevisprövningens räckvidd, och att gränsen mellan bevisvärdering och rättstillämpning kan vara flytande.

Vad beträffar frågan om bestämmandet av *beviskravet* omfattas av den fria bevisprövningen, så har detta redan tidigare berörts. Den förhärskande uppfattningen i svensk doktrin torde vara att denna fråga inte omfattas av RB 35:1.⁸⁰

3.6.6 Bevisföring och bevisvärdering — gränsdragningar

Det finns rättsregler som anger vad som får ingå i bevisvärderingen. Huruvida en viss omständighet enligt en regel om bevisföring får ingå i bevisvärderingen, blir därmed en rättsfråga. Om det beslutas att omständigheten ifråga skall ingå i bevisvärderingen får bestämmandet av dess bevisvärde enligt RB 35:1 ske fritt.⁸¹

Som vi snart kommer att se är det dock inte alltid lätt att avgränsa bevisförings- och bevisvärderingsfrågor från varandra, men till att börja med kan vissa tydliga fall urskiljas, där man klart kan se skillnaden mellan bevis- och rättsfrågor. Det är t ex lätt att se, att frågan om viss bevisning skall avvisas som onödig enligt RB 35:7, är en rättsfråga. Prövningen av denna rättsfråga kan dock vara beroende av en bedömning av bevisläget i målet, vilken bedömning i sin tur kan bero på hur den rättsregel som anger det tillämpliga beviskravet tolkas.⁸² Den slut-

⁷⁹ Saldeen säger a s 77 att en bestämning av faderskapsindex bevisvärde inte påverkar den fria *bevisföringens* princip. Detta kan ju i och för sig sägas vara riktigt, men det intressanta i sammanhanget är att en bestämning av bevisvärdet kommer i konflikt med principen om fri *bevisvärdering*. Dessutom kan ju ett bevis bevisvärde bestämmas vara 0 — vilket nära nog skett i det aktuella rättsfallet — och i sådant fall saknar det ju mening att föra beviset. Principen om fri bevisföring kan emellertid i sådant fall hjälpligt hållas under armarna genom att det får vara tillåtet att åberopa och införa det värdelösa beviset. Se dock RB 35:7.

⁸⁰ Se avsnitt 1.2. Se emellertid också avsnitt 5.8.2.

⁸¹ Jfr emellertid NJA 1986 s 489, som jag dock inte kan kommentera närmare då det blev allmänt tillgängligt först vid ombrytningen av korrekturet till avhandlingen (jan -87). Hur rätten bör göra om ett bevis i strid mot en regel införts i bevismaterialet kan jag av utrymmesskal inte behandla. Angående detta problem – otillåten bevisning – se Bollding i SvJT 1953 s 330, och där anför litteratur i not 2.

⁸² Se avsnitt 1.2 vid not 7.

liga frågan är emellertid en rättsfråga: Skall bevisningen avvisas som onödig? Men ställningstagandet till denna rättsfråga kan varvas bakåt med ställningstaganden till både sak- och rättsfrågor.

Det är likaledes lätt att se, att frågan om skriftlig vittnesattest skall tillåtas enligt RB 35:14 är en rättsfråga, liksom det är tydligt att det är en rättsfråga om någon är skyldig att förete skriftlig handling som bevis jämlikt RB 38:5. Fler exempel skulle kunna nämnas på rättsregler som reglerar bevisföringen, men de anförda exemplen får räcka. Gemensamt för de nämnda exemplen, liksom för flertalet andra fall, är att det är lätt att se skillnaden mellan å ena sidan rättsregler som bestämmer vad som får ingå i bevisvärderingen och å andra sidan själva bevisvärderingen. I en del andra fall är denna skillnad inte så lätt att upptäcka. Som exempel härpå skall i det följande nämnas två fall, varav det första rör *principen om det bästa bevismaterialet* och det andra *parts passivitet* i brottmål.

Principen om det bästa bevismaterialet har av Ekelöf formulerats på följande sätt: "Om en och samma kunskapskälla utan svårighet kan utnyttjas på flera sätt, skall det bevismedel användas, som medför den säkraste bevisningen."⁸³ RB 35:8 utgör enligt Ekelöf det viktigaste exemplet på ifrågavarande princip.⁸⁴ Denna regel stadgar att bevis skall, då huvudförhandling hålles, upptagas vid denna. Härmed åsyftas *bevisomedelbarhet* d.v.s. att ett vittne avger sin utsaga direkt inför rättens ledamöter. Skulle utsagan förebringas genom uppläsning av protokoll, vilket i princip är förbjudet enligt RB 35:14, talar man ibland om omedelbarhet i stället för bevisomedelbarhet.⁸⁵

Regeln att bevisningen skall upptas vid huvudförhandlingen har tillkommit för att underlätta och skapa garantier för genomförandet av ändamålet bakom den fria bevisprövningen; att åstadkomma materiellt riktiga domar. Principen kommer till uttryck även i RB 46:6 st 3, som säger att vad tilltalad uppgivit vid polisförhör inte får uppläsas under huvudförhandlingen, såvida inte den tilltalade säger att han inte vill eller kan yttra sig, eller hans utsaga under huvudförhandlingen avviker från den som finns i polisprotokollet. Samma reglering gäller för vittnen (RB 36:16 st 2). Ekelöf säger nu angående RB 36:16 st 2:

⁸³ Ekelöf: Rättegång IV s 54.

⁸⁴ Ekelöf a a s 55.

⁸⁵ Ekelöf a st.

”Denna del av polisprotokollet får då uppläsas (avvikelsen). Inte heller detta fall utgör emellertid något undantag från principen om det bästa bevismaterialet, ty den nedtecknade utsagan utnyttjas ju endast som ett *hjälpfaktum* vid bedömningen av det under huvudförhandlingen förekommande vittnesmålet.”⁸⁶

Som tidigare framgått definieras ett hjälpfaktum av Ekelöf som ett faktum, vilket endast kan höja eller sänka bevisvärdet hos ett bevisfaktum.⁸⁷ Isolerat för sig kan det således inte stå i relation till temat. En konsekvens av ståndpunkten att utsagor i förundersökningsprotokollet endast kan fungera som hjälpfakta blir då, att en person inte kan dömas endast på uppgifterna i polisprotokollet. Dessa uppgifter utgör ju enligt den deklarerade ståndpunkten inte självständiga bevis. För att polisprotokollet skall få någon betydelse krävs således att det kan ställas i relation till ett bevisfaktum, vilket står i relation till temat.

För mitt vidkommande är det intressanta i sammanhanget att det här enligt Ekelöf finns en *rättslig princip* och att denna träder in och *legalt reglerar* bevisvärdet av utsagorna i polisprotokollet. Ekelöf nämner dock inte att det rör sig om en rättslig princip och en legal reglering. Det är möjligt att han inte tänkt på detta. Men nu till kärnfrågan: Strider Ekelöfs ståndpunkt i detta hänseende mot RB 35:1, som anger att rätten efter ”allt” som förekommit skall bedöma vad som bevisats i målet. Frågan om Ekelöfs ståndpunkt strider mot RB 35:1, kan inte besvaras *innan* man tagit ställning till den rättsprincip som är inblandad här. Det är alltså en rättsfråga hur man skall ställa sig till uppgifter i förundersökningsprotokollet och denna rättsfråga bör lämpligen inte få bedömas fritt av domaren, så att den ene domaren är beredd att ge protokollet full bevisverkan, medan andra följer Ekelöfs linje. Jag tror emellertid att rättsfrågan lätt kommer bort i detta sammanhang p g a formuleringen i RB 35:1.

Jag skall i all korthet redovisa min syn på den rättsfråga som är inblandad i sammanhanget. Det är enligt min bedömning olämpligt att rekommendera att uppgifter i polisprotokollet endast skall få fungera som hjälpfakta. Dessa uppgifter kan i förening med andra omständigheter äga ett betydande bevisvärde. Vidare är indelningen i bevis- och hjälpfakta flytande och tämligen godtycklig. Det finns därför risk för att den vikt som kommer att tillmätas olika skäl, blir beroende av hur de begreppsligt klassificeras och inte efter deras tyngd. Dessutom torde

⁸⁶ Ekelöf a a s 58.

⁸⁷ Se avsnitt 1.3.2.

i allmänhet nästan alltid ett bevisfaktum — om än så svagt — kunna upplettas,⁸⁸ varvid hjälpfakta kommer att få full genomslagskraft. Rekommendationen skulle därför i praktiken komma att sakna betydelse. Till sist kan med fog ställas under diskussion vilket bevismaterial som är bäst; polisprotokollet eller den utsaga som avgetts inför domstolen. Eftersom det ofta hinner gå lång tid mellan förundersökningen och huvudförhandlingen, och minnesbilderna försämrats med tiden, bör tidigare lämnade uppgifter åtminstone ur denna synpunkt vara tillförlitligare än senare lämnade uppgifter. Det finns dessutom en risk för att vittnen efter förundersökningen blir utsatta för påtryckningar och ändrar sina berättelser. Å andra sidan lämnas inte uppgifter vid förundersökningen under lika betryggande former som vid domstol, bl a är ju möjligheterna till insyn och kontroll begränsade. Utsagor i polisprotokoll bör därför bedömas med försiktighet, men det finns enligt min bedömning inte någon anledning att redan på förhand ge sådana utsagor ett begränsat bevisvärde.⁸⁹

Det andra exemplet på när sak- och rättsfråga verkar vara svåra att skilja från varandra rör bedömningen av parts passivitet i brottmål. I motiven till RB rörande 35:4 finns följande uttalande:

”Emellertid kan man icke bortse från att den tilltalades förhållande i rättegången, särskilt hans underlåtenhet att besvara framställda frågor, *måste tillmätas betydelse i bevishänseende. Detta följer redan av den i § uttalade principen om fri bevisprövning.* Med hänsyn härtill har något undantag icke ansetts erforderligt för brottmålen. I dessa mål måste emellertid bestämmelsen erhålla en i viss mån annan tillämpning och rätten endast med stor varsamhet tolka den tilltalades tredska som bevis mot honom. *Sålunda kan i mål om grov-
re brott hans utevaro icke i och för sig tilläggas någon egentlig bevis-
verkan* ”.⁹⁰

Bolding har reagerat mot denna formulering hos PLB därför att den

⁸⁸ Jfr här avsnitt 2.4 vid not 84 att fri bevisvärdering under den legala bevisteorins tid blev tillåten om motbevisning kunde upplettas och att rätten på detta sätt kunde befria sig från den legala teorins band.

⁸⁹ Heuman har behandlat denna fråga i Advokaten 1983 s 219 ff: Kan fällande brottmålsdom grundas på polisprotokoll? Artikeln är föranledd av en del uppmärksammade narkotikamål där de åtalade dömts huvudsakligen på grundval av förundersökningsutsagor. Heuman synes (s 221) inta samma ståndpunkt som Ekelöf, nämligen att utsagor i polisprotokoll bör kunna tillmätas endast ett begränsat bevisvärde. Se också Heuman: Köpta vittnen i SvJT 1983 s 695. Jfr däremot Bylund: Repetitionskompedium i processrätt s 72. Bylund menar, liksom jag, att polisprotokollet inte endast är ett hjälpfaktum.

⁹⁰ SOU 1938:44 s 381 (min kurs).

enligt hans mening antyder en legal reglering av bevisvärdet.⁹¹ Bolding menar att passivitetens olika betydelse beror på att beviskravet är högre i indispositiva mål än i dispositiva, varför passivitetens *relativa* betydelse blir större om beviskravet är lågt än om det är högt.⁹² Ordvalet i motiven är därför enligt Bolding missvisande.

Boldings resonemang är intressant, men träffar enligt min mening inte rätt när det gäller passivitetens betydelse i brottmål. Jag tror heller inte att anledningen till att passiviteten får större betydelse i dispositiva mål generellt beror på att ett lägre beviskrav skulle gälla i dessa mål, men härtill återkommer jag.⁹³

SVårigheterna med att gradera verkan av passiviteten i brottmål hänger i stället samman med följande rättsliga princip, vilken anförs i motiven före det först citerade uttalandet. *Den tilltalades underlåtenhet att medverka till utredningen bör icke läggas honom till last.*⁹⁴ Härav följer att passiviteten egentligen aldrig bör få tillmätas bevisverkan. Tydligt har man dock ansett att grundsatsen ifråga inte bör tillmätas en sådan absolut betydelse och därför menat att passiviteten ibland bör ha stor och ibland liten betydelse.

Frågan om passivitet bör tillmätas bevisverkan är således en rättsfråga. Besvaras denna fråga så att passivitet bör få tillmätas bevisverkan följer av RB 35:1, att bevisvärdet härav även i grova brottmål kan vara högt. Besvaras frågan i stället så, att passivitet *aldrig* bör få tillmätas bevisverkan, kommer den aldrig att spela någon roll vid bevisvärderingen. Är svaret på frågan åter så, att passivitet *ibland* bör få tillmätas bevisverkan och *ibland inte*, bör det anges vilka fall dessa är. Önskar man slutligen att passivitet ibland eller alltid skall få tillmätas bevisverkan, men att denna skall vara *begränsad*, har vi en legal reglering av *bevisvärdet*. Motiven verkar närmast ha intagit den sistnämnda ståndpunkten.⁹⁵

⁹¹ Bolding: Bevisbördan s 124. Se också Heuman i Advokaten 1986 s 50.

⁹² A a s 124 och s 136 not 18.

⁹³ Se avsnitt 9.4.

⁹⁴ Motiven s 449.

⁹⁵ Observera alltså att innan bevisverkan kan tillmätas en omständighet enligt RB 35:4, vi måste ta ställning till dels en konkret subsumtionsfråga och dels en allmän rättsprincip. För att RB 35:4 skall bli aktuell att tillämpa fordras nämligen först ett *beslut* från rättsens sida i vilket tex part förelagts att infinna sig eller att förete skriftligt bevis. Härvid aktualiseras subsumtion av fakta under rättssatser. Den andra rättsfrågan däremot, berör inte subsumtionen utan en allmän rättsprincip. Skall en tilltalads underlåtenhet att ställa sig ett eventuellt beslut till efterrättelse, med hänsyn till principen att underlåtenhet att medverka till utredningen inte får läggas honom till last, tillmätas bevisvärde?

Av motivens uttalande kan vi utläsa en uttalad ambivalens mellan å ena sidan grundsatsen om fri bevisprövning och å andra sidan grundsatsen att den tilltalade inte är skyldig att medverka till utredningen: Å ena sidan anges det följa av RB 35:1 att underlåtenheten måste få betydelse i bevishänseende, å andra sidan saknar passiviteten på grund av den rättsliga grundsatsen ifråga "egentlig bevisverkan" i grova brottmål. För klarhetens skull hade lagstiftaren kunnat försöka att i lag ange under vilka förutsättningar passivitet får tillmätas bevisverkan. Att reglera detta i lagtext låter sig dock inte göras, beroende på att det inte är möjligt att förutse alla tänkbara situationer. Vi har därför fått denna ambivalenta reglering, och det torde ankomma på domaren att från fall till fall ta ställning till betydelsen av parts passivitet.

Jag har ovan visat hur rättsregler rörande bevisföringen påverkar det material som ingår i bevisvärderingen och att det därvid i regel är enkelt att skilja mellan sak- och rättsfråga. Men jag har också visat exempel på hur rättsprinciper — principen om det bästa bevismaterialet och principen att tilltalad inte är skyldig att medverka till utredningen — lätt kan komma i skymundan och införlivas med den fria bevisvärderingen. I dessa fall kan man emellertid med eftertanke och analys avgränsa rättsprinciperna ifråga från bevisvärderingen. I en del fall är detta dock inte möjligt eller i vart fall förenat med mycket stora svårigheter. Ett exempel härpå är det ovan nämnda HD-fallet rörande faderskapssannolikhetens bevisvärde för samlag. Vi har här inte att göra med någon tydlig rättsprincip, men likväl torde det vara en rättsprincip, osagt vilken, som ligger bakom HD:s ställningstagande att den ifrågavarande omständigheten bör värderas försiktigt. Denna rättsprincip anger emellertid inte, som i ovanstående fall, *vad som skall ingå i bevisvärderingen*, utan talar i stället om *hur ett redan presenterat bevis* bör värderas.

I själva verket torde det förhålla sig så, att sedan bevisningen upptagits och det således endast rör sig om bevisvärdering, rätten ofta faller tillbaka på någon rättsprincip vid bedömningen av bla *svårbestämda bevis*, m a o i *in dubio situationer*. Vid bevisbedömningen ställs ju domaren ideligen inför mycket svårbedömda frågor, t ex: Visade vittnet en min av lättnad? Verkade vittnet möjligtvis förläget? Var vittnet möjligen passivt? (Jfr RB 35:4.) In dubio frågar sig nog därför domaren i dylika situationer: *Bör jag anse att vittnet visade en min av lättnad; förlägenhet eller passivitet?* Besvarandet av frågor sådana som de förevarande förutsätter att domaren vid *ovisshet* kan stödja sig på en norm — jfr här bevisbörderegler för rättsfakta — m a o en *beslutsregel*, vilken

anger vilket alternativ han skall välja.

Skulle nu domaren bestämma sig för att tex ett vittne visat förlägenhet behöver detta enligt min mening inte betyda att bevisvärdet ifråga blir mycket lågt, vilket man till förstone kan förledas att tro, eftersom det i grunden rör sig om en ovisshetssituation. Om nämligen domaren i ovisshetssituationen beslutar sig för att tro att ett vittne visat förlägenhet, bör ju denna omständighet få samma bevisvärde som fullt tydlig och klarlagd förlägenhet skulle få och bevisvärdet härav kan vara betydande.⁹⁶

Men vilka beslutsnormer bör domaren falla tillbaka på i in dubiosituationer? Ja, i tex brottmål gäller principen in dubio pro reo. Rör det sig sålunda om ett brottmål, och domaren känner ovisshet, bör han välja det för den tilltalade mest fördelaktiga alternativet. I avsnitt 7.6 återkommer jag till denna problematik. Där kommer också att framgå att jag till viss del hänför användningen av *erfarenhetssatser* vid bevisvärdering till rättstillämpningen.

3.7 Sammanfattning

I RB 35:1 har den fria bevisprövningens princip fastslagits. Den anger att rätten vid bevisbedömningen skall beakta allt som förekommit för att därefter avgöra vad i målet som bevisats. Den ifrågavarande regeln anger dock inte hur olika bevis skall värderas. Denna värderingsfrihet utgör själva essensen i den fria bevisprövningen. Värderingsfriheten medför emellertid att RB 35:1 får karaktären av en vanlig materiell generalklausul. Den ger, liksom en generalklausul, utrymme för ett domarskön av icke föraktlig betydelse. Skillnaderna mot en materiell generalklausul består bl a i att RB 35:1 anknyter till fakta och inte till normer, att bevisbörderegler kan användas på de förra men ej de senare, och att vid bevisvärdering ett delvis annat material används än vid rättstillämpning.

Enligt motivuttalanden skall bevisbedömningen vara objektiv. Med detta menas att den skall stödjas på skäl som kan godtas av förståndiga personer. Detta objektivitetskrav för med sig ett krav på redovisning i domen angående vilka fakta som ansetts äga bevisvärde och hur de värderats samt ett samtidigt krav på analys. En intuitiv överblick får således inte fälla avgörandet.

⁹⁶ Jfr avsnitt 7.4.4 angående frågan när ett bevis uppkommer.

Vid bevisvärderingen får domaren endast beakta sådant som förekommit i målet. Vad beträffar bevistemat så måste detta uttrycka ett påstående, antingen om ett faktum, en rätts- eller en erfarenhetssats. Bevistemat måste vara bevisbart. Det fordras också någon form av relevans mellan bevisfaktum och bevistema.

Endast teoretiska sakskäl bör om möjligt användas vid bevisvärdering. Känslomässiga, moraliska eller pragmatiska skäl hör inte hemma här. Sådana skäl kan få betydelse i en bevisbörderegel.

I kapitlet har hävdats att motivens krav på objektivitet inte är realistiskt. Det förutsätter en enhetlig metod för bevisvärdering, att bevisvärdet hos fakta — liksom beviskravet — kan fixeras vid ett exakt numeriskt värde, att i domen kan ges en fullständig uppräknings av alla omständigheter som påverkat bevisvärderingen, att en personkrets kan urskiljas som "förståndiga" samt att det är möjligt att dra en bestämd gräns mellan sak- och rättsfrågor. En del av dessa förutsättningar brister direkt medan andra är svåra att tillgodose. Anledningen till att ett prövbarhetskrav uppställts torde bero på att man velat bevara den legala bevisteorins möjlighet att kontrollera bevisvärderingen.

Syftet med den fria bevisprövningen är att skapa förutsättningar för materiellt riktiga domar. Vissa regler utesluter emellertid bevisvärdering helt och hållet, tex reglerna om medgivande och erkännande. I andra fall får regeln om fri bevisprövning en begränsad räckvidd. Så blir fallet där prövningen är summarisk. Den knappa utredningen medför att fakta inte kan undersökas ordentligt och bli allsidigt belysta. Detta medför att typbevis kommer att användas.

Utanför tillämpningen av RB 35:1 faller, förutom de typiska rättsfrågorna (faktaurvalet, subsumtionen och val av rättsföljd) även användningen av presumtioner, frågor rörande bevisbörda och beviskrav samt frågor som rör vad som skall ingå i bevismaterialet. Under RB 35:1 faller därmed endast fastställandet av fakta med hjälp av fri bevisvärdering.⁹⁷

Fastän bevisvärderingen är fri kan man hitta rättsfall där HD gjort principuttalanden rörande frågan hur ett visst bevis bör värderas. Som exempel härpå har nämnts bl a NJA 1984 s 49. Fallet visar att gränsen mellan RB 35:1 och materiella regler kan vara flytande.

I regel är det enkelt att skilja mellan frågan vad som får ingå i bevisvärderingen (rättsfråga) och själva bevisvärderingen (sakfråga).

⁹⁷ Angående denna definition av begreppet sakfråga, se avsnitt 1.2.

Stundom är emellertid gränsen svår att upptäcka. Som exempel härpå har nämnts passivitet i brottmål och frågan om förundersökningsprotokollets bevisvärde. Det finns också — har jag sagt — fall där en regel (eller princip) inte reglerar själva införandet av ett bevis, men där en norm — en beslutsprincip — anger hur det redan införda beviset bör bedömas. Så har angetts vara fallet när bevis är svårbedömda, i in dubiosituationer. Till fall som dessa och liknande återkommer jag i avsnittet om rättsnormerad bevisvärdering. Där kommer också att framgå att jag till viss del hänför användningen av erfarenhetssatser vid bevisvärdering till rättstillämpningen.

4 Sannolikhetsbegreppet

4.1 Allmänt

Vi har i det föregående konstaterat, att vid juridisk bevisvärdering endast teoretiska skäl bör vara av relevans. Vidare såg vi, att motivens objektivitetsbegrepp — bevisbedömningen skall vila på skäl som kan godtas av andra förståndiga personer — inte är realistiskt. Vi konstaterade också att fri bevisvärdering innebär värderingsfrihet, och att det är en rättsfråga vad som skall ingå i bevisvärderingen.

Avvisandet av motivens kontrollkriterium innebär dock inte att man behöver avvisa en objektiv metod för fastställandet av fakta, men en sådan metod kan då givetvis inte — såvida vi inte har att göra med en legal reglering — ange vilket bevisvärde som skall ges åt enskilda bevis. Vad en sådan metod kan ange är i stället efter vilka principer sammanvägningen av bevis skall ske, vilken information kalkylen skall bygga på, samt vad sannolikhetsutsagan skall ta sikte på, dvs vad den skall ge besked om.

Att ställa frågan vilken metod som bör användas vid fastställandet av fakta vid fri bevisvärdering, är detsamma som att fråga efter vilket *sannolikhetsbegrepp* som bör användas. På denna fråga ger RB 35:1 och dess förarbeten inget svar. RB 35:1 säger bara att domaren, efter allt som förekommit, skall avgöra vad i målet är bevisat, och motiven tillägger endast att domaren skall använda sig av allmänna erfarenhetssatser och slutledningsregler.

Förmodligen har lagstiftaren inte haft något särskilt sannolikhetsbegrepp i åtanke när han formulerade RB 35:1, eller också var han rädd att angivandet av ett bestämt sannolikhetsbegrepp skulle kunna uppfattas som ett ingrepp i den fria bevisvärderingen. Det skall dock påpekas, att bevisvärderingen alltid bör ske i enlighet med vissa normer, och att redan motivens hänvisning till allmänna erfarenhetssatser och slutledningsregler utgör en hänvisning till en måttstock. Värderingsfrihet vid fri bevisvärdering innebär således inte, vilket också tidigare påpekats, en frihet för domaren att värdera bevisningen godtyckligt.

Ett sannolikhetsbegrepp anger efter vilka principer sannolikheten bör bestämmas. De normer som uppbär ett sannolikhetsbegrepp är dock inte av rättslig utan snarare av kunskapsteoretisk natur. De kan vidare inte, som ovan nämnts, ange exakt vilket värde som skall ges åt ett enskilt bevis, men de kan dock, vilket snart kommer att framgå, utöva ett visst inflytande på det enskilda bevisets bevisvärde. Värderingsfrihet vid fri bevisvärdering skulle alltså betyda, inte att normer saknar betydelse vid bevisvärderingen, utan att *rättsnormer* inte skall få påverka vilket värde som skall ges åt enskilda bevis. Då en rättsnorm, tex en legal bevisvärdering, säger att en omständighet skall anses bevisad om ett visst faktum är för handen, anses vi också inte längre ha att göra med fri bevisvärdering. När däremot en metod för fastställandet av fakta, som värdemetoden, anger att statistiska bevis bör behandlas med skepsis,¹ har vi också att göra med en norm — dock ej en rättsnorm — vilken anger hur viss slags bevisning skall behandlas. Men i detta fall anses vi nog inte ha att göra med en legal bevisvärdering. Kanske beror detta på att beviset inte satts i relation till ett *bestämt tema*, men så gjorde emellertid inte heller den legala teorin, vilken förklarade att två vittnen är full bevisning.

Man kan nu tycka, att det finns ett legalt inslag i bevisvärderingen oavsett varifrån normerna hämtas, och dessutom skulle kunna hävdas att de kunskapsnormer som man anser bör användas vid fastställandet av fakta i process, införlivas med, och blir principer för det juridiska sanningssökandet, varvid de, förutom att vara kunskapsnormer, också blir rättsnormer. Hur man vill se på detta är en smaksak. En väsentlig skillnad mellan legala bevisvärderingar och de kunskapsnormer av betydelse för hur enskilda bevis uppskattas är dock, att en legal bevisvärdering anger att en omständighet skall ha ett *bestämt värde*. Vidare sätts det legala beviset ofta i förbindelse med ett *bestämt tema*.² När däremot värdemetoden säger att *statistiska bevis* bör behandlas med skepsis, ges inte beviset ett bestämt värde, och inte heller sätts det i

¹ Se avsnitt 4.4 och 4.5.4.

² Jfr tex att arrendeintyg är fullt bevis för arrendeställets skick (JB 9:28), att delgivningsintyg är fullt bevis för att delgivningen är korrekt, (DgL § 24) och att underlåtenhet att betala klar och förfallen fordran är — såvida inte motbevisning förekommer — fullt bevis för insolvens (KL § 4). Jfr dock Rosenberg s 221, som menar att bevisregler saknar bestämt tema, medan faktapresumtioner är otänkbara utan ett i lagen angivet tema. Detta stämmer om vi tänker på tex den legala bevisregeln "tu vitne äro fullt bevis". En presumtion kan emellertid i vissa fall betraktas som en bevisregel. Se kap 8 om presumtioner, särskilt avsnitt 8.4.1.

förbindelse med något bestämt tema. Vad som sägs är endast att ett statistiskt bevis inte bör tillmätas stor betydelse. Huruvida detta är en art — eller en gradskillnad gentemot en sådan legal reglering som att två vittnen är fullt bevis får läsaren själv avgöra. Mig synes det dock som om skillnaden snarare är *kvantitativ* än *kvalitativ*.³

Vilket sannolikhetsbegrepp som i juridiska sammanhang bör användas för att fastställa fakta kan, som ovan nämnts,⁴ sägas var en rättsfråga i vid mening. Om nämligen en metod för fastställandet av fakta är bättre anpassad till juridiska villkor än en annan, bör ju denna metod användas. Vilken metod man då anser vara bättre beror på hur man värderar och prioriterar rättsliga villkor, m a o blir valet av metod ytterst en fråga som rättsliga värderingar kommer att avgöra. Det bör vidare här framhållas, att de sannolikhetsbegrepp, vilka vi snart kommer att stifta bekantskap med, är konstruktioner som inte är uppbyggda speciellt för juridisk bevisvärdering. Val av sannolikhetsbegrepp för juridiska sammanhang måste emellertid ske med beaktande av under vilka villkor sanningssökandet i process sker. Enligt min mening har detta inte alltid, vilket längre fram kommer att påvisas, tillräckligt beaktats.

Jag har ovan talat om olika sannolikhetsbegrepp, och vi skall i det följande titta på några olika sådana. Den filosofiska litteraturen på området är enorm, och även om vi begränsar oss till juridiska framställningar, vilka behandlar bevisvärdering, blir högen av volymer respektgivande. Den framställning som här ges kan därför inte behandla alla förekommande sannolikhetsbegrepp, och de sannolikhetsbegrepp som behandlas, kan inte undersökas ingående, utan jag får nöja mig med att hålla framställningen kortfattad. Vidare kommer jag inte att gå närmare in på den rent matematiska tillämpningen av de olika sannolikhetsbegreppen, utan i stället redovisa de principiella grundtankar som bär upp dem.

Vi skall börja med att titta på den *objektiva frekvensteorin*, även kallad *matematisk* eller *kvantitativ* sannolikhet, och den *logiska* sannolikheten. Härefter skall vi titta på *tema-* och *värdeметoden*. I svensk bevisrättslig doktrin har dessa två sistnämnda metoder för fastställandet av fakta kommit att ställas mot varandra. Temametoden bygger, som vi kommer att se, på den objektiva frekvensteorin, medan värdeметoden — som det kommer att visa sig — påminner om logisk sannolik-

³ Jfr avsnitt 2.2 vid not 18.

⁴ Se avsnitt 1.2 vid not 49.

het. I grunden är den dock artskild från denna.

Innan jag inleder framställningen vill jag påpeka att erfarenhetssatserna kommer att behandlas i ett särskilt kapitel. Det är visserligen så, att erfarenhetssatser (eller frekvenssatser) och sannolikheter i regel är ihopkopplade med varandra, genom att de förra brukar läggas till grund för de senare. Här skall vi emellertid framför allt behandla sannolikhetsbegreppen som sådana och inte erfarenhetssatserna.

4.2 Objektiv frekvenssannolikhet

Enligt frekvensteorin är sannolikheten för en händelse lika med gränsvärdet för dess frekvens i ett kollektiv.⁵ Termen kollektiv — eller referensgrupp — används för att beteckna den klass av händelser som frekvensen avser.⁶ Ett kollektiv kan utgöras av tex en serie tärningskast. Sannolikheten att slå en sexa är $1/6$, och sannolikheten att slå ett annat nummer är $5/6$. Om vi utför en serie tärningskast, kan det visserligen vara så, att vi slår tre sexor efter varandra, eller att vi inte alls slår någon sexa, men slår vi flera serier kommer vi att finna att vi närmar oss gränsvärdet $1/6$.⁷ Ju längre serien görs, desto närmare kommer vi detta värde. Vi vågar sedan antagandet, att om serien fortsatte i evighet, vi ständigt skulle ligga omkring detta gränsvärde.⁸ En sådan oändlig serie kan givetvis inte testas experimentellt.

Matematiskt uttrycks frekvensen med ett bråk. Är vi tex intresserade av hur många rökare som får lungcancer, tar vi det antal rökare som ingår i det undersökta kollektivet och ställer detta tal i relation till antalet medlemmar i kollektivet som får sjukdomen ifråga. Täljare i bråket är lika med antalet medlemmar i klassen som får sjukdomen och nämnare det totala antalet medlemmar i klassen.⁹ Beroende på antalet medlemmar i klassen kommer frekvensen att variera något – att vara relativ – men den kommer att närma sig gränsvärdet.

Vi skall nu titta på några omständigheter vilka är särskilt utmärkande för det ifrågavarande sannolikhetsbegreppet, vilket första gången gavs en heltäckande teoretisk konstruktion av *von Mises*.

⁵ von Mises s 18, Oxenstierna s 201.

⁶ von Mises s 12 f.

⁷ Oxenstierna s 201.

⁸ A st.

⁹ von Mises s 14.

1. Frekvensteorin brukar, som framgått, betecknas som objektiv. Den hänför sig vidare till *händelser* eller egenskaper hos händelser.¹⁰ Att sannolikheten betraktas som objektiv sammanhänger med att den frekvens som anger sannolikheten finns given som en empiriskt fastställd realitet. Sannolikheten kommer därmed inte att vara avhängig en subjektiv uppskattning av bedömarens.¹¹

2. Frekvensteorin är således *empirisk*. Till grund för sannolikhetsutsagan skall ligga *gjorda iakttagelser* rörande vanligheten av en viss egenskap eller händelse i ett kollektiv.¹² En frekvens grundar sig alltså på *induktion*. Vidare: Har vi en statistisk frekvens som tex anger att hos 8 bilar av 10 fungerar säkerhetsbältena ger frekvensen också besked om att säkerhetsbältena *inte* fungerar hos 2 bilar av 10. Att vi vet detta är självklart eftersom frekvensen grundar sig på att vi iakttagit en statistisk fördelning.¹³

3. Frekvensteorin anger *inte* sannolikheten för det *individuella fallet*.¹⁴ Det individuella fallet blir medlem i en klass rörande många fall, och endast på detta vis kan frekvensen i och för sig sägas ge något besked om ett individuellt fall.¹⁵

4. För att frekvensteorin skall vara användbar krävs att vi har att göra med en *praktiskt sett obegränsad* serie händelser (kollektiv) av samma slag.¹⁶ De egenskaper som avgränsar kollektivet måste vidare följa på varandra på ett *slumpmässigt sätt*, d v s de får inte följa några regler. Serien måste vidare kunna repeteras i en sådan mängd att vi når ett *gränsvärde*.¹⁷

5. Frekvensteorin sluter sannolikheten i ett *logiskt deduktivt system*. Är sannolikheten för en händelse 0,5, är osannolikheten för densamma 0,5.¹⁸

Vid användandet av frekvensteorin kommer sannolikheten att variera beroende på *vilken* frekvens som väljs.¹⁹ Antag att vi har en försäkringstabell angående dödligheten hos 50-åriga män i Sverige, och att dödligheten anges vara 10 %. Hur passar den statistiken på A som a) har 30 kg övervikt b) röker som en borstbindare samt c) har högt blod-

¹⁰ Greger s 40, Nell s 27.

¹¹ Se Bender/Röder/Nack Band I 176.

¹² von Mises s 18.

¹³ Här föregrips en viss kritik mot värdemetoden, se avsnitt 4.5.3.

¹⁴ von Mises s 13, se också Ayer: Probability s 62.

¹⁵ Jfr emellertid vid not 27 i detta avsnitt.

¹⁶ von Mises säger s 14: "Zuerst muss ein Kollektiv da sein, denn erst kann von Wahrscheinlichkeit gesprochen werden".

¹⁷ von Mises s 11 och 27.

¹⁸ Se Cohen: The Probable s 216.

¹⁹ Nell s 30, Ayer: Probability s 52.

tryck. Vi kan göra det antagandet att dödligheten ökar med 10 % för varje uppräknad omständighet. Men låt oss nu vidare anta att vi får veta att A nyligen börjat med diet, slutat röka och börjat motionera. Förmodligen sjunker dödligheten hos män i farozonen vilka ändrat livsstil på det angivna viset, men någon frekvens som passar på just dessa omständigheter har vi inte. Lägg här till att A har ett stressigt arbete, och frekvensen torde få justeras igen. På detta sätt kan vi i och för sig gå vidare och beakta omständighet efter omständighet tills vi kartlagt A in i minsta detalj. Sträcker vi oss så långt får vi emellertid en utsaga om *en enda individ* och frekvensteorin är då enligt sin definition inte längre tillämplig.²⁰

Av det angivna exemplet har framgått, att valet av kollektiv bestämmer sannolikheten, samt att ny information kan göra att vi byter kollektiv och därmed frekvens. Har vi en statistisk frekvens upptagande egenskaperna $a+b$, och en annan frekvens upptagande egenskaperna $c+d$, samt A uppvisar samtliga egenskaper $a+b+c+d$, men det således saknas en statistisk frekvens för *samtliga* dessa egenskaper, blir sannolikheten olika beroende på vilket kollektiv som väljs (härvid förutsätts att frekvenserna har olika styrka).

Det kan också vara så, att vi har en frekvens som passar på A i något avseende, men att A också uppvisar andra egenskaper, vilka inte täcks av någon *känd* frekvens, men som dock verkar vara av relevans för sannolikhetsbedömningen. Enligt frekvensteorin i den strikta tappning vi möter den hos von Mises får vi nu inte göra antaganden om existensen av en frekvens med visst innehåll, samt inte heller "fylla ut" kända frekvenser med antaganden om deras utseende med tillskott av en ny bekant omständighet.

På det ovan angivna viset är frekvensteorin i sina grunddrag utformad av von Mises. Denne påpekar att den inte är avsedd att ge besked om tex sannolikheten för att det kommer att regna i morgon eller sannolikheten för att en historisk händelse hade en viss orsak.²¹ Här finns nämligen inte tillgång till något kollektiv, och frekvensteorin kräver, i von Mises tappning, ett sådant för att en sannolikhetsutsaga skall kunna ges.

Försöker vi överföra frekvensteorin enligt von Mises strikta modell till juridisk bevisvärdering, finner vi att dess användbarhet är starkt begränsad. Den kan användas där beviset grundar sig på långa serier

²⁰ von Mises s 21.

²¹ A a s 10.

av iakttagelser, som t ex faderskapsindex, men inte i andra fall. Domaren har ju i regel inte tillgång till ett empiriskt säkerställt kollektiv till vilket han kan hänföra det enskilda fallet.²²

Emellertid har frekvensteorin också uppfattats så, att det är tillåtet att laborera med *fiktiva klasser*, d v s man gör ett antagande att om det förelåg t ex 100 bevisituationer med precis samma bevismaterial som i det föreliggande fallet, så skulle A bevisa B i t ex 60 fall av dessa.²³ Genom laborerandet med fiktiva klasser har vi släppt von Mises krav, att frekvensen skall vila på *gjorda iakttagelser* av vanligheten av en viss egenskap i ett kollektiv, m a o är inte frekvensen längre grundad på exakta iakttagelser.²⁴ Innebörden av den fiktiva klassen och frekvensen är dock densamma, d v s om vi kunde undersöka den empiriskt tror vi att den skulle ha det antagna utseendet.

Laborerandet med fiktiva klasser lämnar möjligheten öppen att fylla ut kända frekvenser med beaktande av en ny omständighet vilken verkar vara av relevans, samt ger de vaga erfarenhetssaterna, vilka bygger på livserfarenheten, möjligheter att komma till sin rätt. Att en frekvens är fiktiv innebär inte — vilket ordvalet kan föranleda oss att tro — att den är påhittad och saknar samband med realiteter. Den är konstruerad utifrån kända och troliga erfarenhetsdata, för vilka det inte finns en statistiskt säkerställd frekvens.²⁵ Då vi kan göra antaganden om frekvenser kan vi också inom ramen för frekvensteorin ge en sannolikhetsutsaga om det enskilda fallet.²⁶ Sannolikhetsutsagan hänför sig visserligen fortfarande enligt sin *formella konstruktion*, till en klass av händelser, men avser i realiteten det föreliggande fallet, eftersom den konstruerade frekvensen är uppbyggd med detta som utgångspunkt. Frekvensteorin i denna tappning kan emellertid inte längre betraktas som en objektiv metod för fastställandet av fakta. Sannolikheten kommer nämligen att bli bestämd av bedömarens subjektiva uppskattning av existensen och styrkan av frekvenser och därmed inte längre vara

²² Greger s 49. Elwing: Tillräckliga skäl s 69 ställer sig avvisande till frekvensteorin därför att den inte säger något om sannolikheten i det enskilda fallet, men erbjuder dock inte själv något alternativ.

²³ Reichenbach ansluter sig till frekvensteorin s 185 ff, och menar att den kan användas på konstruerade klasser, så även Motsch s 144 och Nell s 59 f. Se även härom också avsnitt 6.9.

²⁴ von Mises talar i detta sammanhang (s 111 ff) om *idealiserade frekvenser*.

²⁵ Jfr avsnitt 6.9, särskilt 6.9.4.

²⁶ Se härom Motsch s 144, Nell s 59 f, Reichenbach s 193 ff och Bender/Röder/Nack) s 176.

något objektivt fristående från honom.²⁷

Avslutningsvis: Vilken frekvens skall väljas för det individuella fallet? Det framgick ju av exemplet ovan att sannolikheten kan variera beroende på vilken frekvens vi tar. Svaret är att den smalaste möjliga tänkbara frekvensen bör väljas, d v s den som man kan subsumera som många omständigheter som möjligt under.²⁸ Att det enskilda fallet är unikt spelar härvid ingen roll: Vi kan konstruera en klass för det enskilda fallet. Enligt Ayer bör vi vidare, om vi har att välja mellan två frekvenser A och B, och A är starkare än B, likväl välja att låta B styra vårt handlande, om frekvens B täcker in fler omständigheter i det individuella fallet än A.²⁹ Jag tror att Ayers påstående är rimligt, d v s vi bör inte alltid följa den starkare frekvensen. Jag får anledning att återkomma härtill i kapitlet om erfarenhetssatserna.³⁰

4.3 Det logiska sannolikhetsbegreppet

Det logiska sannolikhetsbegreppet förespråkas av bl a *Carnap* och *Keynes*. Bakgrunden till uppställandet av detta sannolikhetsbegrepp är att man lagt märke till att det föreligger en skillnad mellan kvantitativ frekvenssannolikhet och en sådan vag och ungefärlig sannolikhetsuppskattning som förekommer i det dagliga livet och som tar sikte på enskilda fall. Vi tror t ex att det kommer att regna i morgon, att vi skall få löneförhöjning etc.

Den logiska sannolikheten skiljer sig från frekvensteorin bl a därigenom att den inte avser sannolikheten för en händelse som sådan, utan

²⁷ Se Nell s 60. En annan sak är att vi i och för sig kan formulera sannolikheten objektivt genom att hänföra den, inte till domarens subjektiva uppfattning, utan till en klass av fall, se härom Bender/Röder/Nack I s 176 och Nell s 35.

²⁸ Reichenbach s 197, Ayer: *Probability* s 62. En kritik mot denna handlingsregel är att vi i praktiken aldrig kan uttömma det enskilda fallet på detaljer. Vi måste därför göra ett urval — en relevansbedömning — och stanna på en viss nivå. Se angående denna kritik bl a Keynes s 113. Mot denna kritik har invänts att vi trots allt i realiteten har begränsade kunskaper; vi kan inte, även om vi ville, tränga till botten av det enskilda fallet. Se härom Nell s 59.

²⁹ Ayer: *Probability* s 62. Ayer påpekar att frekvensteorin inte gäller för enskilda fall, och använder för de enskilda fallen ett sannolikhetsbegrepp som han kallar "judgements of credibility". Det förefaller emellertid att vara en smaksak om man vill tolka frekvensteorin så att den omfattar enskilda fall (se ovan) eller om man, på grundval av frekvensteorin, vill bygga upp ett särskilt sannolikhetsbegrepp för de enskilda fallen.

³⁰ Se särskilt avsnitt 6.9.4.

snarare en *relation mellan utsagor*, vilken ger oss skäl att tro på sannolikheten för en händelse.³¹ Säger vi t ex att det är sannolikt att avtalsförhandlingarna kommer att bryta ihop i morgon avses då inte sannolikheten för denna händelse som sådan, utan den tillgängliga informationens bevisvärde för denna händelse. Sannolikheten knyts m a o till utsagan om händelsen och inte till händelsen som sådan. Sannolikheten blir sålunda *relativ* i förhållande till den information som finns.³² Den avser sålunda inte temats eller hypotesens riktighet som sådan eller *absoluta sanning* utan dess riktighet i relation till en bestämd informationsutsaga.³³ Följande exempel visar denna relativitet: Antag att vi vet följande:

1. Var tredje person som har körkort äger en bil.

Under förutsättningen att vi vet att A har körkort skall vi nu pröva riktigheten av hypotesen:

2. A äger en bil. Slutsatsen blir då:

3. Sannolikheten för (2) med beaktande av (1) är $1/3$, eller sannolikheten för att A äger en bil är $1/3$.

Antag nu i stället att vi vet följande: A tjänar 10 000 kr i månaden. Vi vet dessutom följande:

4. Av 20 personer som har en månadsinkomst på 10 000 kr äger 19 st en bil.

Då blir sannolikheten för hypotes (2) $19/20$.³⁴

Carnap menar att sannolikhetsutsagor är meningsfulla endast om de anges mot bakgrund av bestämda erfarenhetsdata. Det ovanstående exemplet betyder sålunda inte att hypotes (2) som sådan ena gången bär sannolikheten $1/3$ och andra gången sannolikheten $19/20$, utan i stället att sannolikheten för (2) med beaktande av (1) är $1/3$ och med beaktande av (4) $19/20$.³⁵ Beroende på vilken information som står till buds kommer således sannolikheten att variera. Vi möter här en motsvarighet till frekvensteorin där sannolikheten blir beroende av vilken frekvens vi väljer.³⁶

En invändning som riktats mot det logiska sannolikhetsbegreppet är att vad som helst kan göras sannolikt på valda bitar av information.

³¹ Carnap s 26, Keynes s 5.

³² Carnap a st, Keynes a st.

³³ Carnap a st, Keynes s 4, se också Nell s 28.

³⁴ Exemplet är hämtat från Nell s 29.

³⁵ Se Carnap s 50 ff och beträffande exemplet ifråga Nell a st.

³⁶ Nell s 30.

Det logiska sannolikhetsbegreppet ger nämligen inte något svar på frågan vilket av två kända sannolikhetsvärden, tex $1/3$ eller $19/20$, som bör vägleda oss i en reell beslutssituation.³⁷ Samma typ av invändning kan dock resas mot frekvensteorin; vilken av två kända frekvenser skall vi välja.³⁸

En skillnad mellan logisk sannolikhet och frekvenssannolikhet är enligt Carnap, att den logiska utsagan i motsats till frekvensutsagan *saknar empiriskt innehåll*. Carnap formulerar följande sats: "På grundval av idag föreliggande meteorologiska data är sannolikheten för att det skall regna i morgon $0,20$. Denna utsaga tillskriver emellertid inte värdet $0,20$ att det kommer att regna i morgon, utan i stället en bestämd *logisk relation* mellan förutsägelsen om regn och meteorologiska data."³⁹ Då denna relation är logisk "kräver den ingen verifikation genom iakttagelse av morgondagens väder eller av andra iakttagelser".⁴⁰ Som von Mises framhållit ställer man sig undrande till varifrån värdet $0,20$ kommer. I själva verket förmår inte teorin att ange på vilket sätt man genom rent logiska operationer kan komma fram till detta värde.⁴¹

Reichenbach menar att det inte föreligger någon principiell skillnad mellan logisk sannolikhet och frekvenssannolikhet p g a att utsagorna enligt den logiska sannolikheten vilar på erfarenhet och har bevisvärde för *händelser*.⁴² Carnap medger också att man kan tolka eller förstå logisk sannolikhet som en uppskattning av styrkan hos relativa frekvenser.⁴³ Enligt frekvensteorin måste vi avvisa slutsats (3) ovan, att sannolikheten för att A äger en bil är $1/3$, ty som vi sett medger inte frekvensteorin utsagor om individuella fall. Utsaga (1) "Var tredje körkortsinnehavare äger en bil", är däremot en utsaga i överensstämmelse med frekvensteorin. Vi kan nu, som sagt, formulera den logiska sannolikheten som en skattning av en relativ frekvens: Sannolikheten för att A, som har körkort, äger en bil, är $1/3$. Som vi ser grundar sig slutsatsen på den relativa frekvensen i utsaga (1), men den knyter den till det enskilda fallet.⁴⁴

Den logiska sannolikheten har uppställts bl a för att ge besked om

³⁷ Ayer: *Probability* s 55, Nell s 31.

³⁸ Nell s 30, Keynes s 107.

³⁹ Carnap s 26.

⁴⁰ A st.

⁴¹ von Mises s 114.

⁴² Reichenbach s 187.

⁴³ Carnap s 45 ff.

⁴⁴ Se Nell s 31.

sannolikheten för individuella händelser och den kan därför,⁴⁵ i vart fall vad gäller juridisk bevisvärdering, synas ha ett försteg framför frekvensteorin. De angivna skillnaderna mellan logisk sannolikhet och frekvenssannolikhet förefaller dock mer vara av formuleringsteknisk än av innehållsmässig art. Även den logiska sannolikheten använder sig av empiriska satser; som vi sett är en relativ frekvens ett erfarenhetsdatum i den logiska sannolikhetens mening. I praktiken bör därför de båda metoderna leda till samma resultat.⁴⁶

Avslutningsvis skall nämnas att enligt det logiska sannolikhetsbegreppet sannolikheten till sin karaktär anses vara *objektiv*. Skall vi ta ställning till en hypotes H och känner till ett visst erfarenhetsdatum, är relationen häremellan av sådan karaktär att varje person är berättigad att med en viss grad tro på hypotesen.⁴⁷ Det problematiska med den objektiva karaktären verkar här vara att vi i viss mån skönsmässigt måste gradera bevisvärdet. Hos Carnap är dock detta alltid redan gjort och under den förutsättningen kan man naturligtvis hävda att själva relationen är av objektiv karaktär.

4.4 Tema- och värdemetoden

Värdemetoden fäster uppmärksamheten på relationen mellan bevis och tema och ställer följande fråga: Varför är ett visst faktum ett belägg för att en händelse inträffat?⁴⁸ Ofta fästes härvid uppmärksamheten på att det skall råda ett *orsakssamband* mellan bevis och tema.⁴⁹ Det finns dock även andra bevisrelationer än de kausala, t ex implikationen,⁵⁰ men den kausala uppfattas vara den viktigaste och vanligaste bevisrelationen.⁵¹

⁴⁵ Carnap s 26.

⁴⁶ Jfr dock Greger s 47.

⁴⁷ Carnap s 32, Keynes s 4.

⁴⁸ Stening: Bevisvärde s 35, Goldsmith & Andersson s 72, Halldén: TfR 1973 s 56, Ekelöf: Rättegång IV: s 25 ff.

⁴⁹ Ekelöf: Rättegång IV s 25, Halldén: TfR s 56 där han uttryckligen talar om en "hypotes om ett orsakssammanhang." Se även Gärdenfors s 47 och Sahlin s 98.

⁵⁰ Goldsmith & Andersson s 74. Andra bevisrelationer de nämner är inklusion och identitet.

⁵¹ Gärdenfors s 47.

Värde metodens grundläggande ideér formulerades av Ekelöf.⁵² Metoden har sedan preciserats av andra, bl a av Halldén. I en artikel i TfR säger Halldén att domaren vid bevisvärderingen har att ta ställning till konstaterandet av en verkan "d", en hypotes om ett orsakssamband "i" och en hypotes om en ursprunglig orsak "h".⁵³ Värde metoden intresserar sig för värdet $P(i/d)$, d v s sannolikheten för att kausalmekanismen fungerat.⁵⁴

Konkret innebär kravet på orsakssamband att tex en vittnesutsaga verkligen skall ha orsakats av temat för att bevisvärde skall uppkomma.⁵⁵ Om sålunda ett vittne har fantiserat ihop en berättelse som råkar överensstämma med temat saknar den bevisvärde därför att temat inte har orsakat utsagan. Kravet på kausalsamband har sin grund i överväganden av denna typ.⁵⁶ Det skall dock framhållas att inte alla anhängare av värde metoden ansluter sig till kravet på kausalsamband. Det gör tex inte Stening.⁵⁷ Däremot gör Ekelöf detta.⁵⁸ Även Goldsmith & Andersson,⁵⁹ Gärdenfors⁶⁰ och Sahlin⁶¹ synes ha *uppfattat* metoden så, att kausalsamband fordras. Halldén verkar också ha denna uppfattning, även om han inte explicit uttalar kravet (se ovan).

När det däremot gäller temametoden, som företräds av tex Bolding och Eckhoff, så fokuserar den uppmärksamheten på värdet $P(h/d)$, d v s sannolikheten för temat givet beviset.⁶² Temametoden är alltså inte intresserad — i varje fall inte primärt — av sannolikheten för att bevisfaktum bevisar temat, utan för sannolikheten för temat givet beviset.

⁵² Ekelöf har skrivit om metoden, förutom i Rättegång IV, i bl a Festschrift für Fritz Baur s 343-363 (artikeln heter "Beweiswert") i ZZP 1978 s 64 ff och i Evidentiary value s 9-25. Nämnas kan att Ekelöf tidigare anslöt sig till temametodiska resonemang, men att han sedan ändrat åsikt (jfr Rättegång IV 1963 och 1973).

⁵³ Halldén: TfR 1973 s 56.

⁵⁴ Halldén a a s 56, som dock benämner orsakssambandet "indiciemekanismen".

⁵⁵ Ekelöf: Rättegång IV: s 26.

⁵⁶ Se Halldén: TfR 1973 s 57: "Låt oss tänka oss att ett vittne fritt tillverkat sitt vittnesmål, men råkar ha rätt. Bevis temat h är riktigt, men det indiciesammanhang som i specificerar föreligger inte. Slumpen har räddat vittnesmålet... Av ansvarsskäl agerar domstolen som om $P(h/d)=P(i/d)$ ". Se även Sahlin s 98.

⁵⁷ Stening: Bevisvärde s 51 ff.

⁵⁸ Ekelöf: Rättegång IV s 25 ff.

⁵⁹ Goldsmith & Andersson s 73.

⁶⁰ Gärdenfors s 47.

⁶¹ Sahlin s 98. Även Zahle s 335 har uppfattat värde metoden så, att den kräver kausalitet mellan bevis och tema.

⁶² Bolding: Bevisbördan s 55 ff, Eckhoff s 11 ff.

Detta innebär bl a att temametoden inte fordrar något kausalt samband mellan bevis och tema.⁶³

Skillnaden mellan metoderna framträder bl a när det gäller betydelsen av ett temas *ursprungssannolikhet*. Med ett temas ursprungssannolikhet eller temats sannolikhet *a priori* avses sannolikheten för temat innan någon bevisning ännu upptagits till stöd för det.⁶⁴ Till stöd för uppskattningen av ett temas ursprungssannolikhet kan ligga statistiska uppgifter om hur vanlig en företeelse är inom en viss population. Ursprungssannolikheten kallas ibland för temats sannolikhet *ex ante*.⁶⁵ Vid användningen av bevisvärdemetoden får ursprungssannolikheten liten betydelse eftersom någon kausal mekanism i regel inte finns här.⁶⁶ Endast om den statistiska frekvensen kan knytas till en kausal mekanism kan bevisvärdemetoden användas.⁶⁷ Temametoden betraktar ursprungssannolikheten på ett annat sätt än värdemetoden och ger denna typ av information större värde än värdemetoden.⁶⁸

En temametodisk räkneregeln som beaktar ursprungssannolikheten är det sk *Bayes teorem*, med vars hjälp det är möjligt att sammanväga vanlig bevisning med bevisvärde med statistisk bevisning. En sådan sammanvägning är inte möjlig med värdemetoden.⁶⁹

⁶³ Det bör påpekas att varken Bolding eller Eckhoff uttryckligen säger att de bekänner sig till temametoden, även om deras framställning grundar sig på denna metod. När deras ifrågasvarande arbeten skrevs hade nämligen värdemetoden inte "uppfunnits". Man bör vidare inte — det har indirekt skett — utifrån det motsatsförhållande som påstås råda mellan metoderna, tillskriva Bolding eller Eckhoff någon bestämd uppfattning rörande konkreta värderingsfrågor. Jag tror tex att både Bolding och Eckhoff också menar att tex ett vittne som fantiserat ihop en berättelse som råkar överensstämma med temat inte bör tillmätas betydelse p g a att orsakssammanhang saknas. De är sålunda knappast intresserade av den räddningsmöjlighet som temametoden erbjuder, jfr ovan not 56.

⁶⁴ Ekelöf: Rättegång IV s 22. Stening: Bevisvärde s 42, Goldsmith & Andersson s 80.

⁶⁵ Med temats ursprungssannolikhet i denna bemärkelse menas emellertid inte temats ursprungssannolikhet innan någon bevisning överhuvudtaget upptagits till stöd för detta, utan temats sannolikhet innan ett visst bevisfaktum beaktats, men då andra bevis redan påverkat temats ursprungliga sannolikhet, se Stening: Bevisvärde s 42.

⁶⁶ Ekelöf: Rättegång IV s 23, Gärdenfors s 47.

⁶⁷ Gärdenfors s 48 anför som exempel härpå: I en stad finns två slags taxibilar, de blå och de gröna. Statistik visar att i 85 % av samtliga olyckstillbud med taxibilar de blå har varit inblandade, medan i de resterande 15 % de gröna varit inblandade. Härvid antyds ett orsakssamband av innebörd att de som kör blå taxibilar är mer vårdlösa.

⁶⁸ Se härom Stening: Bevisvärde s 42, Goldsmith & Andersson s 80 och Ekelöf: Rättegång IV s 23.

⁶⁹ Stening: Bevisvärde s 155.

Bayes teorem ser ut så här:

$$P(t/bf) = \frac{P(bf/t)}{P(bf/t) \times P(t) + P(bf/-t) \times P(-t)} \times P(t)$$

Jag skall i det följande kort exemplifiera användningen av Bayes teorem. Syftet härmed är att helt kort illustrera hur bevis ges exakta numeriska värden och hur därmed bevisvärdering blir ren matematik. Läsaren bör fundera över om resultatet kan antas vara så pålitligt som de kalla precisa siffrorna antyder. Vid applicerandet av teoremet kommer symbolerna att förklaras efter hand. Antag att liket av en mördad kvinna hittas i ett dike vid ett storstadsområde. Det är styrkt att offret hade ett våldsam gräl med sin pojkvän kvällen före mordet. Det är vidare känt att pojkvännen tidigare slagit henne vid sådana tillfällen. Vid undersökningen av brottsplatsen hittas mordvapnet, en kniv. På knivens handtag finns spår av ett handavtryck, liknande den tilltalades (pojkvännens). En expert vittnar om att ett sådant avtryck uppenbarar sig i ett fall av tusen. För att Bayes teorem skall kunna användas måste en uppskattning göras av "the prior probability", d v s sannolikheten ex ante, symboliskt uttryckt $P(t)$. I exemplet baseras denna uppskattning på grälet och på att den tilltalade tidigare slagit sin flickvän. Sannolikheten ex ante antas i exemplet vara 0,25. Värdet $P(-t)$ är lika med domarens uppskattning av temats sannolikhet innan han känner till bevisfaktumet, d v s handavtrycket. $P(t)$ är därför lika med $1-P(-t)$ eller 0,75. $P(bf/t)$ är sannolikheten för att bevisfaktum föreligger förutsatt att temat föreligger. Detta värde antas i exemplet vara 1, vilket innebär att den tilltalade, om han använt kniven, oundvikligen måste ha lämnat ett handavtryck på skaftet. $P(bf/-t)$ är lika med sannolikheten att finna ett handavtryck på mordvapnet motsvarande den tilltalades. Detta värde är lika med frekvensen av handavtrycket inom populationen, d v s som ovan nämnts 1/1000. Sätter vi nu in dessa värden i formeln blir sannolikheten för temat $P(t/bf)$ 0,997. Detta är ett högt värde, och räcker för en fällande dom.⁷⁰

Förklaringen till att statistisk bevisning inte kan användas inom ramen för värdemetoden, och att resultatet av bevisvärderingen blir olika beroende på val av metod är,⁷¹ som framgått, att värdemetoden arbetar med bevisrelationer, medan detta inte anges vara fallet med temametoden. Denna skillnad i utgångspunkt medför även vissa konsekvenser vad gäller bearbetningen av bevismaterialet och attityden till

⁷⁰ Exemplet är hämtat från Finkelstein & Fairley s 499. Se även Tribe s 1356, som mer utförligt förklarar och kritiserar exemplet och överhuvudtaget matematisk beräkning av bevisvärden.

⁷¹ Se härom Stening: Bevisvärde s 34 ff, samt Gärdenfors s 44 ff. Jfr avsnitt 3.5 angående objektivitet vid bevisvärdering.

bevisfrågor överhuvudtaget. Bevisvärdemetoden anges medföra en *striktare och försiktigare värdering*, en mer *begränsad och fokuserad* uppgift och en *annorlunda behandling av information* som domaren förfogar över sedan tidigare.⁷² Försiktigheten anges ligga i fokuseringen på bevisrelationer.⁷³ Den mer begränsade uppgiften anses bestå i att bevisvärdemetoden söker sannolikheten för att bevisfaktum bevisar temat, och inte, såsom temametoden, att temat är sant,⁷⁴ vilket alltså skulle vara en större uppgift. Denna sistnämnda begränsning för värdemetodens del medför även att värdemetoden påstås behandla information som domaren förfogar över sedan tidigare på annat sätt än vad temametoden gör. Vid användandet av temametoden anses två slags information integreras, sådan som domaren förfogar över sedan tidigare, och sådan som läggs fram under rättegången.⁷⁵ Värdemetoden uppges beakta endast sådant som läggs fram under rättegången, vilket står bättre i överensstämmelse med omedelbarhetsprincipen.⁷⁶

Bevisvärdemetoden sägs strukturera bevisen på ett annat sätt än temametoden. Genom att bevisvärdemetoden söker bevisrelationer kommer bevismaterialet att delas upp i bevisfakta, hjälpfakta och erfarenhetssatser,⁷⁷ och varje hjälp- och bevisfaktums betydelse analyseras för sig med beaktande av relevant erfarenhetssats.⁷⁸ Temametoden beskrivs i motsats härtill som en klumpig och onyanserad metod. Den påstås bedöma all bevisning i en "klump" och ställa frågan hur stor sannolikheten för temat är givet denna ostrukturerade massa.⁷⁹

Vid användningen av temametoden kan man, med ledning av sannolikheten för att temats ena version är sann, räkna ut hur stor sannolikheten logiskt sett måste vara för att temats andra version skall vara sann. Om alltså sannolikheten för att en person befann sig på en viss plats uppskattas till 90 %, måste sannolikheten för att han inte fanns där vara 10 %.⁸⁰

⁷² Goldsmith & Andersson s 78 f.

⁷³ A a s 78.

⁷⁴ A st.

⁷⁵ A a s 80.

⁷⁶ A a s 79.

⁷⁷ A a s 77; Stening: Bevisvärde s 48 och 72 samt Ekelöf: Rättegång IV s25.

⁷⁸ Se anförd litteratur i ovanstående not.

⁷⁹ Stening: Bevisvärde s 48.

⁸⁰ Goldsmith & Andersson s 83, se även Stening: Bevisvärde s 36. Angående den temametodiska användningen av begreppet "sannolikhet", se emellertid avsnitt 4.5.3 vid not 16.

När det beträffande temametoden sägs att vi kan räkna ut hur stor sannolikheten logiskt sett måste vara för att temats andra version skall vara sann är det väsentligt att komma ihåg, att om icke-A ställs i motsats till A, icke-A inte uttömmande behöver ange alla tänkbara alternativ.⁸¹ Antag således att A är misstänkt för ett brott. Som alibi åberopar han att han inte befann sig på brottsplatsen utan på en restaurang med två kompisar. Dessa vittnar om att A befann sig på restaurangen men de verkar inte trovärdiga varefter sannolikheten härför uppskattas till 0.1. Härav följer inte att sannolikheten för att A befann sig på brottsplatsen är 0,9, utan att sannolikheten för att han inte befann sig på restaurangen är 0,9. A kan ju ha befunnit sig på många andra tänkbara ställen, tex hos en älskarinna, vilket han inte vill ska bli känt.

När bevisvärdeometoden används finns tre möjligheter: 1) temat bevisas vara sant, 2) temat bevisas vara falskt, 3) temat bevisas vara varken sant eller falskt.⁸² Vid användandet av bevisvärdeometoden går det därför inte, att med ledning av att temats ena version bevisats, säga hur stor sannolikheten logiskt sett måste vara för att temats andra version bevisats.⁸³ Samma tanke uttrycks hos Ekelöf på följande sätt:

”En person, som närvarit vid en häktningsförhandling, anser att rätten på alltför svag bevisning häktat den misstänkte, som förnekar att han haft något med brottet att skaffa. Jag skulle rent av vilja värdera bevisningens styrka till högst 0,4, säger han. Och han tillägger: sålunda har man häktat den misstänkte, trots att det föreligger övervägande skäl för att anse denne vara oskyldig. Här misstog han sig. Av 100 likadana bevissituationer skulle den misstänkte visserligen vara skyldig i 40 fall. *Men om de återstående 60 vet man ingenting alls*; förmodligen är den misstänkte skyldig även i en del av dessa”.⁸⁴

Tidigare har berörts vilka fördelar värdeometoden anses ha jämfört med temametoden. Det principiella skälet till varför värdeometoden bör ha företräde har dock inte diskuterats. Svaret på denna fråga framskymtar bara helt flyktigt i litteraturen. Hos Halldén får vi emellertid veta att det är bedömarens *ansvarsställning* som är avgörande.⁸⁵ När det gäller domstolens verksamhet vid bevisvärdering tänker man väl då i första hand på brottmål. Alla exempel som anförs i samband med utläggningar om värdeometoden anknyter också i första hand till brottmål.⁸⁶ Man

⁸¹ Se Cohen: *The Probable* s 63.

⁸² Goldsmith & Andersson s 84.

⁸³ A st.

⁸⁴ Ekelöf: *Rättegång IV* s 28 (min kurs).

⁸⁵ Halldén: *TfR 1973* s 57, se även Gärdenfors s 50.

⁸⁶ Jfr Lindbloms recension av Stenings avhandling i *SvJT 1977* s 282.

kan därför få den uppfattningen att värdemetoden endast är avsedd för brottmål. Det sägs dock aldrig någonstans att så skulle vara fallet. Tvärtom beskrivs metoden som generell.⁸⁷

Hur ställer sig nu tema- resp värdemetoden till frekvens- resp logisk sannolikhet? Ja, temametoden är inte identisk med von Mises frekvens-teori genom att den inte kräver empiriskt säkerställda frekvenser. Den hör emellertid till den kvantitativa frekvensteorin i den mer uppmjukade formen där det är tillåtet att använda sig av en subjektiv skattning av styrkan hos relativa frekvenser. Värdemetoden å andra sidan påminner om logisk sannolikhet genom att den ställer sannolikheten i relation till de belägg som finns. Den avviker dock från logisk sannolikhet bl a därigenom att den säger att vi inte får något besked om temats osannolikhet. Såvitt jag har kunnat finna menar varken Carnap eller Keynes att man inte skulle få besked härom. Men dessutom säger Stening uttryckligen att han anser det fruktlöst, att genom olika konstgrepp få det induktiva slutet att likna och vara jämförbart med det deduktiva.⁸⁸

4.5 Några kritiska synpunkter på värdemetoden

4.5.1 Inledning

Av flera skäl ställer jag mig kritisk till värdemetoden och jag skall i det följande ta upp en del av denna kritik. I kapitlet om erfarenhetssatserna kommer sedan fler invändningar.⁸⁹ Det vore naturligtvis ur vissa synpunkter fördelaktigt om all kritik kunde samlas på ett ställe i framställningen. Systematiskt och dispositionsmässigt har jag emellertid funnit det vara lämpligt att ta upp invändningarna i sitt sakliga sammanhang. Av denna anledning kommer ytterligare invändningar i kapitlet om det juridiska sanningsbegreppet.⁹⁰ Vidare tas i kapitlet om bevismetod vissa invändningar upp, vilka rör både tema och värdemetoden.⁹¹

4.5.2 Bör kausalitet vara ett kriterium på bevisvärde?

De flesta som ansluter sig till värdemetoden menar att det skall råda ett kausalsamband mellan tema och bevis. Det hävdas också att meto-

⁸⁷ Se Stening: Bevisvärde s 12.

⁸⁸ A a s 37.

⁸⁹ Se avsnitt 6.9.3 och 6.9.5.

⁹⁰ Se avsnitt 9.4.5.

⁹¹ Se avsnitt 5.5.

den är försiktig, bl a på grund av att detta krav uppställs. Man kan emellertid bli tveksam till detta krav på kausalsamband, när man läser följande uttalande av Goldsmith:

”Since the judge can be as restrictive as seems proper and advisable to him in the definition of causality and of formal implication he employs, *very vague causal relationships, for example, need not be influenced among those he accepts as applicable in the context of evidentiary relationships*. The model provides a framework in which, as will be shown, the judge can approach evidential questions in a manner that accords with his deeper views of how strict the evaluation of evidence should be”.⁹²

Efter att ha läst detta undrar man: Är en domare verkligen försiktig om han inte beaktar ett bevis som talar till en tilltalads *förmån*, ifall han inte ser något kausalsamband, eller tycker att detta verkar vagt? Men vidare ställer man frågan om det är förenligt med RB 35:1 att uppställa ett krav på kausalsamband. En annan fråga är om det överhuvudtaget är vettigt att uppställa ett krav på kausalsamband med hänsyn till de stora svårigheter som är förknippade med att hitta kriterier som skiljer det kausala sambandet från det slumpmässiga. Vidare undrar man om inte värdemetodens användbarhet blir starkt begränsad genom kravet på kausalsamband, då detta, såvitt gäller den kanske vanligaste bevisrelationen — temat skall ha orsakat beviset — förutsätter ett antagande att temat har inträffat. Till sist kan uppkastas frågan om inte denna utgångspunkt medför ett föregripande av bevisvärderingens resultat. Jag skall kommentera de angivna frågorna, men starta med att säga något om innebörden av begreppet kausalitet.

Kausalitet är ett förhållande mellan orsak och verkan. Orsaken till att huset började brinna var ett åsknedslag, orsaken till att bilen körde av vägen var en punktering, orsaken till att metallen utvidgade sig var upphettning, orsaken till att A dog var en giftinjektion. I de två första fallen har vi att göra med fall där sambanden inte är nödvändiga. Det är tex inte så, att en bilist alltid kör av vägen när en punktering inträffar. Ja, det kan to m vara så att en allmän erfarenhetssats säger att punktering leder till dikeskörning endast i 1 fall av 10. I det föreliggande fallet kan det emellertid mycket väl vara så att dikeskörningen orsakats av punkteringen. I de två sistnämnda fallen har vi däremot att göra med nödvändiga samband: metall utvidgar sig alltid vid upphettning, liksom gift av en viss mängd alltid är dödlig.

⁹² Goldsmith s 106 (min kurs).

När det nu uppställs ett krav på kausalsamband är naturligtvis inte avsikten att endast bevis som har stöd av naturlagar skall få beakts. I så fall skulle man ju inte behöva utföra någon bevisvärdering. Visste man tex att en viss gift mängd injicerats i en person, skulle ju naturlagen ge besked om dess dödliga effekt. Nej, vad som menas är att temat skall ha kunnat orsaka beviset och vad man söker efter är sannolikheten för denna kausalrelation. Antag tex att en person är tilltalad för rån, och att som bevis för att den tilltalade befunnit sig på brottsplatsen återopas att dennes plånbok upphittats där. Det finns ingen generell lag som säger att om en person tillhörig sak upphittas på en plats, detta alltid beror på att denne befunnit sig på platsen, men det finns förmodligen en erfarenhetssats som säger att det i regel förhåller sig så. Vad värdeметoden frågar efter är nu hur sannolikt det är att fyndet på brottsplatsen orsakats av att den tilltalade varit där. För att närmare pejla in detta eventuella samband fordras att hänsyn tas till övriga omständigheter i målet. Kan med stöd av sådana omständigheter ett kausalsamband inte med erforderlig styrka beläggas — om det med Goldsmiths term verkar "very vague" — bör domaren alltså kunna bortse från beviset. Goldsmith nämner inte var toleransnivån för beviset ligger, utan menar att det är upp till varje domare att själv besluta om detta. Man kan fråga sig om ett möjligt eller antagligt kausalsamband är för svagt.

Jag antydde ovan att man bör skilja mellan ett kausalt och ett erfarenhetsmässigt samband. A kan ha orsakat B även om detta enligt erfarenheten är ovanligt, och omvänt kan om två omständigheter regelmässigt brukar följas åt, det i det föreliggande fallet förhålla sig på ett annat sätt. Antag nu att man inte finner några omständigheter som pekar på, men som heller inte motsäger, att fyndet på brottsplatsen orsakats av att den tilltalade befunnit sig där. Antag vidare att vi har en erfarenhetssats som säger att om en person tillhörig sak hittas på en plats, detta i 7 fall av 10 beror på att ägaren befunnit sig på platsen. I så fall får vi konstatera att man misslyckats med att pejla in ett kausalt samband. Vilken betydelse får då erfarenhetssatsen enligt värdeметодens sätt att resonera? Ja, man måste väl konstatera att det föreligger fullständig ovisshet rörande frågan om kausalsamband i detta konkreta fall är för handen. Det kausala sambandet har ju på intet sätt kunnat beläggas. Konsekvensen bör väl då bli att man helt bortser från erfarenhetssatsen ifråga.

Det är naturligtvis bra om domaren försöker hitta omständigheter vilka binder fyndet på brottsplatsen till den tilltalade, men i den mån

kausalsamband inte kan beläggas, bör domaren få falla tillbaka på den allmänna erfarenhetssatsen. I synnerhet om denna är stark, t ex om A så B i 9 fall av 10, verkar det högst egendomligt att tillmäta den ringa betydelse. Och man kan väl ifrågasätta om inte frekvenser med sådan styrka utgör en presumtion för kausalsamband i det föreliggande fallet. Det är vidare fö så, att ju lägre frekvensen sjunker, desto närmare naturlagen kommer den. Om A så B i 99 fall av 100, har vi en allmän frekvens som värdeметoden betraktar med skepsis. Läger vi däremot till ett enda fall har vi att göra med en naturlag, ett kausalt samband, som värdeметoden behandlar med aktning och respekt. Det är svårt att se att ett enda fall skall få en sådan stor betydelse för bevisvärderingens vidkommande.⁹³

Många gånger är det också omöjligt att säga om det föreligger ett kausalsamband mellan två faktorer. Som Stening påpekar kan man resonera i evighet om det råder ett kausalt eller slumpmässigt samband mellan egenskapen att vara rödhårig och egenskapen att vara arg-sint.⁹⁴ De fordringar som Goldsmith & Andersson ställer på ett kausal-samband är fö uttunnade och intetsägande. De säger:

”Uppfattningarna om vad en kausalrelation innebär kan tänkas variera. Det förutsätts emellertid inte, att endast en av dessa uppfattningar skall gälla. Det förutsätts blott att de verkliga förhållandena ifråga antingen överensstämmer eller ej med föreställningen man har om vad den hypotetiska kausalrelationen exakt skulle innebära”.⁹⁵

Det är alltså upp till varje domare att efter sitt eget huvud avgöra vad som utgör ett kausalsamband. Därmed saknar kravet på kausalsamband ett reellt innehåll.

Zahle menar att kravet på kausalsamband mellan tema och bevis förutsätter att temat kan ha inträffat, då det i annat fall inte kan ha orsakat något bevis.⁹⁶ Därmed skulle t ex farebedömningar av olika slag, t ex fara i bevishänseende vid urkundsförfalskning, flyktfara, recidivfara och kollusionsfara vid häktning, bevisning till framtida säkerhet, hypotetiska bevisresonemang i skadeståndsmål m m inte kunna angripas med värdeметoden, eftersom temat här utgör framtida händelser,

⁹³ Stening: Två bevismodeller (SvJT 1979 s 295) anser tydligen också detta var svårsmält eftersom han föreslår att extremt låga statistiska frekvenser ”transformeras” om till bevis med bevisvärde.

⁹⁴ Stening: Bevisvärde s 55.

⁹⁵ Goldsmith & Andersson s 73.

⁹⁶ Zahle s 336.

eller hypoteser om alternativa händelser och deras verkningar, som inte inträffat. Zahles kritik måste anses vara riktig, men endast såvitt gäller bevisrelationen temat skall ha orsakat beviset. Detta innebär således inte — vilket Zahle synes mena — att värdeметoden *generellt sett* skulle vara oanvändbar vid *prognostiska bedömningar*. Värdeметoden arbetar också med bevisrelationen bevisfaktum har orsakat temat. Därmed kan värdeметoden användas även om temat inte har inträffat, dvs också i de ovan nämnda fallen. Bevisrelationen är här att bevisfaktum (sannolikt) kommer att orsaka en händelse. Relationen temat skall ha orsakat beviset är emellertid den viktigaste bevisrelationen och jag kommer fortsättningsvis att beakta endast denna relation.

Även om vid kausalitetsbedömningen förutsättningen att temat inträffat är rent hypotetisk innebär den emellertid enligt min mening ett *föregripande* av temat och dess existens. Man måste ju nämligen anta att temat faktiskt har inträffat. Härefter ställer man frågan om temat — vilket man således antar har inträffat — kan ha orsakat de bevis som finns i målet. Vad som skall bevisas är emellertid just frågan om temat inträffat och man bör därför inte föregripa detta, utan i stället vara förutsättningslös och arbeta från det andra hållet: Här finns vissa bevis, bevisar dessa temat? Nu säger värdeметoden i stället följande: temat skall ha orsakat beviset; i vad mån är bevisen godtagbara mot bakgrund av det hypotetiska antagandet att temat har inträffat. Detta är en slags omvänd bevisvärdering, då utgångspunkten är antagandet — visserligen hypotetiskt — att temat inträffat. På detta vis blir, tillspetsat uttryckt, en omständighet bevisfaktum för temat först sedan man antagit att temat har inträffat, men det som skall bevisas är ju, som nämnts, att temat har inträffat. Utgångspunkten hos värdeметoden torde kunna innebära att bevis, som vid en *förutsättningslös* bedömning skulle tillmätas ringa vikt, kan komma att få stor betydelse. Antag t ex att ett rån inträffat och att B därefter lämnat stan. Om jag nu antar att B är skyldig, blir det solklart att hans skuld är orsaken till att han lämnat stan. Genom att temat hypotetiskt antas skjuter alltså bevisets värde i höjden.⁹⁷ Är jag däremot förutsättningslös säger jag: B har lämnat stan. I vad mån kan denna omständighet anses vara ett bevis för hans skuld?

Som tidigare påpekats har det från företrädarna för värdeметoden framhållits att denna metod är försiktig. Den anses bättre än temameto-

⁹⁷ Sannolikheten för beviset givet temat kallar Halldén: Sannolikhetens logik s 59 för *temats förklaringsvärde för beviset*. Se härom också Stening: Bevisvärde s 123.

den stå i överensstämmelse med den juridiska principen att domaren skall vara öppen och förutsättningslös vid sin bevisvärdering, eftersom den sägs innebära att endast det material som framläggs i rättegången kommer att tillmätas vikt. Enligt min mening är själva idén att temat skall ha orsakat beviset stridande mot det krav på förutsättningslöshet som bör var utmärkande för bevisvärdering i rättegång. Det är dessutom inte sant att vid temametoden två slags information kommer att integreras, sådan som domaren förfogar över sedan tidigare och sådan som framläggs under rättegången, medan så inte skulle var fallet vid användningen av värdemetoden. Enligt RB 35:1 skall domaren beakta allt som förekommit under huvudförhandlingen. Här finns alltså en rättsregel som förbjuder domaren att ta hänsyn till *fakta* som inte förekommit under huvudförhandlingen. När det däremot gäller *erfarenhetssatserna*, så förs i regel inte bevisning om dessa utan domaren får begagna sitt privata vetande ex officio.⁹⁸ Detta innebär, att domaren både vid värdemetoden och temametoden, kommer att använda sig av information som han förfogar över sedan tidigare. Skillnaden mellan metoderna ligger i *sättet att handskas med denna information*.⁹⁹

I RB 35:1 har fastslagits principerna för den fria bevisprövningen. Jag kan inte se att denna regel tillåter domaren att välja och vraka bland bevismaterialet och därvid plocka ut endast de kausala godbitarna.¹ Regeln ifråga anger att domaren skall beakta allt som förekommit och sedan avgöra vad i målet är bevisat. Och man måste rimligen tolka stadgandet så, att domaren skall beakta en omständighet som han anser har bevisvärde alldeles oavsett om denna omständighet kan antas stå i kausalrelation till temat eller ej. Ett krav på kausalsamband strider i själva verket mot principen om fri bevisprövning då kravet förringar värdet av viss bevisning och i vissa fall helt utesluter att svaga bevis beaktas.

Det är naturligtvis väsentligt att domaren försöker binda bevis till en omständighet eller inträffad händelse. Men kravet på bindning får inte drivas därhän att bevis som anses sakna kausalsamband eller anses uttrycka ett alltför vagt kausalsamband förkastas. Denna idé anser jag

⁹⁸ Se Ekelöf: Rättegång IV s 183.

⁹⁹ På sid 82 tar Goldsmith & Andersson delvis tillbaka vad de sagt tidigare. De säger här att domaren även vid värdemetoden använder information som han förfogar över sedan tidigare, men att han, ifall presenterade fakta inte står i bevisrelation till temat, bedömer det presenterade materialet vara utan betydelse, oavsett vilka informationer och uppskattningar han har från annat håll.

¹ Jfr Lindblom i SvJT 1977 s 289 f.

mycket allvarlig då den lätt kan leda till att orimliga krav uppställs på bevisningen kvalitet. Man skall ha i åtanke att det många gånger är mycket svårt, att efter en bedömning av det samlade bevismaterialet, bedöma om ett kausalsamband i det konkreta fallet eller överhuvudtaget mellan två faktorer, kan antas var för handen. Får man i detta läge inte falla tillbaka på allmänna erfarenhetssatser — vilka man ju enligt motiven skall använda sig av vid bevisvärderingen — blir rätten till en fri bevisvärdering närmast illusorisk.

4.5.3 Kritik av värdemetodens sanningsbegrepp

Om vi nu emellertid, som Stening gjort, släpper kravet på kausalitet, utplånas då inte skillnaden mellan tema- och värdemetoden? Nej, kvar står bl a den mycket väsentliga skillnaden, att vi enligt värdemetoden inte får något besked om temats osannolikhet. Ekelöf säger ju, som vi sett, att om A bevisar B i 60 fall av 100, så vet vi inte hur det ligger till i de resterande 40 fallen; A kan bevisa B även i dessa eller några av dessa fall, men hur det egentligen ligger till i dessa fall vet vi ingenting om.

Påståendet att vi inte får något besked om temats osannolikhet verkar onekligen egendomligt. Utgår vi från en på grundval av induktion uppställd frekvens och denna säger t ex att hos 8 bilar av 10 fungerar säkerhetsbältena, ger oss frekvensen också besked om att hos 2 bilar av 10 fungerar *inte* säkerhetsbältena. Detta måste, såvitt jag kan förstå, vara ställt utom allt tvivel, då till grund för frekvensen ligger gjorda iakttagelser och vi sålunda faktiskt iakttagit att hos 2 bilar av 10 fungerar inte säkerhetsbältena. Någon principiell skillnad härvidlag bör rimligtvis inte uppkomma i det fallet frekvensen inte vilar på systematiska undersökningar utan grundas på vår livserfarenhet. Vi föreställer oss att kunde en sådan vag erfarenhetssats kontrolleras empiriskt, så skulle den ge oss besked även om osannolikheten på samma sätt som en statistisk frekvens. Värdemetoden avvisar inte heller användningen av statistiska frekvenser vid bestämmandet av bevisvärdet; det är bra om sådana finns.² I själva verket betraktar, som snart kommer att framgå, värdemetoden frekvenser på det traditionella sättet, d v s de anses ge besked också om osannolikheten. Desto märkligare blir det då, att metoden bara använder den del av frekvensen som talar för temats sannolikhet.

² Stening: Bevisvärde s 58.

Bakgrunden till värde metodens inställning i ovanstående fråga är en aning dunkel. Vi kan emellertid av vissa uttalanden som gjorts försöka rekonstruera fram den principiella grundtanke som ligger bakom ståndpunkten ifråga. Stening säger följande:

”Den kanske största bristen hos temametoden är emellertid att den inte lämnar utrymme för ett adekvat uttryck för att ett åberopat bevis faktum helt saknar betydelse. Att säga att sannolikheten för temat i det fallet är 0 är helt felaktigt; *det kan ju inte vara uteslutet att temat skulle föreligga bara för att ett åberopat bevis för detsamma visar sig vara betydelselöst.*”³ Ett annat yttrande är följande: ”Här ligger en viktig skillnad mellan temametoden och värde metoden. Sannolikhetsvärdet 0 betydde ju för temametodens del att det är uteslutet att temat skulle kunna föreligga. Bevisvärdet 0 har endast den betydelsen för temat, att detta inte stöds av det ifrågavarande beviset — *temat kan trots det vara väl så sannolikt.*”⁴ Ekelöf säger: ”Antag att det endast finns ett mycket svagt bevis för temats existens. Det är väl uppenbart att man ej härav kan dra den slutsatsen att det föreligger starka skäl för att temat inte föreligger. *Det kan föreligga ett svagt bevis för ett påstående som i själva verket är sant — liksom ett starkt bevis för ett sådant som är falskt.*”⁵ Se även Goldsmith & Andersson vilka säger att temat mycket väl kan vara sant utan att föreliggande fakta bevisar det.⁶

Det är naturligtvis riktigt att temat kan föreligga även om bevisningen är svag och att det kanske inte alls föreligger även om bevisningen är stark. Av uttalandena kan vi emellertid ana, att vad värde metoden söker är temats *absoluta sanning*. Detta kommer vi också så småningom att kunna bekräfta. Uttalandena beskriver sålunda inte blotta skillnaden mellan å ena sidan den verklighet som finns och vad vi å andra sidan vid bevisvärdering tror om denna verklighet, utan de uttrycker att rätten vid bevisvärderingen skall söka den absoluta sanningen.

Enligt värde metoden skulle således syftet med bevisvärderingen vara att finna sanningen som sådan. Å andra sidan säger emellertid värde metoden, som vi tidigare sett, att vi inte skall söka sannolikheten för temat som sådant, utan bevisfaktas bevisvärde för temat. Det sägs vidare att detta är en mer begränsad uppgift än den temametodiska; att söka temats sannolikhet. Värde metoden har här alldeles tydligt invecklat sig i en motsägelse. Den kritiserar temametoden för att den söker temats

³ A a s 35 (min kurs).

⁴ A a s 36 (min kurs).

⁵ Ekelöf: Rättegång IV s 27 f (Ekelöfs kurs).

⁶ Goldsmith & Andersson s 78.

absoluta sanning — vilket påstående fö som senare kommer att framgå är felaktigt — men ägnar sig själv de facto åt just detta.

Utgår vi från frekvensresonemang och söker temats sannolikhet *på det tillgängliga materialet* och inget annat än detta, verkar det dock, som ovan nämnts, egendomligt att påstå att vi inget vet om temats osannolikhet. Om ett vittne påstår att han iakttog A på en viss plats, och jag efter en noggrann undersökning av vittnesmålet uppskattar bevisvärdet till 0,6, så innebär ju detta med frekvenstermer att ett sådant vittnesmål är riktigt i 6 fall av 10 och oriktigt i de återstående 4 fallen. Vad däremot gäller temats *faktiska* eller *absoluta existens*, så kan det naturligtvis vara så, att detta inte alls inträffat även om bevisvärdet uppskattas till 0,99, eller att det definitivt inträffat även om bevisvärdet bara är 0,01. I rättsliga sammanhang skall emellertid temats sannolikhet bedömas på grundval av vad som *förekommit i målet* och inget annat än detta.⁷ Håller sig nu domaren enbart härtill, och utgår från frekvenser, blir det en logisk följd att vi också får besked om temats osannolikhet.

Det föreliggande materialet sluter alltså temats sannolikhet i ett begränsat utrymme och det är inom detta utrymme som sannolikheten skall bedömas. På grundval av ett på givet sätt begränsat material ligger det heller inget egendomligt i att säga att sannolikheten för temat är 0. Tycker man, som Stening, att ett sådant påstående är felaktigt, beror detta på att man söker temats absoluta sanning. Det ligger följaktligen heller inget märkligt i att säga att det föreligger starka skäl att tro att temat inte föreligger om det föreligger endast ett svagt bevis för dess existens. När Ekelöf anser ett sådant yttrande uppenbart felaktigt bedömer han inte temats sannolikhet enbart på det presenterade beviset, ty gör man detta måste man ju rimligtvis säga att det *på grundval av detta bevis* föreligger starka skäl att tro att temat inte föreligger.

Är man således medveten om att temats sannolikhet skall sökas på det i målet införda materialet och inget annat än detta, ligger det inget märkligt i att påstå att temats sannolikhet på detta — kanske brist-

⁷ Det må här, för undvikande av missförstånd, påpekas att påståendet att rätten skall beakta endast vad som förekommit i målet, inte innebär att den skulle vara förhindrad att beakta ursprungssannolikheten för temat. Denna är visserligen inte knuten till något konkret faktum som är infört i målet, utan utgör en allmän erfarenhetssats rörande vanligheten av temat i en viss population. Med erfarenhetssatser förhåller det sig emellertid så, att de, oavsett om de knys till konkreta fakta införda i målet eller ej, hämtas ur domarens livserfarenhet och används *ex officio*. De förekommer således inte i målet på samma sätt som konkreta fakta, såvida det inte förs bevisning om dem.

fälliga material — är 0, eller att det på grundval av detta material föreligger starka skäl att tro att temat inte föreligger. Söker man där- emot den absoluta sanningen blir sådana påståenden felaktiga.

Det egendomliga med värdemetoden är emellertid att den inte be- traktar frekvenser på annat sätt än vad den traditionella synen ger vid handen, d.v.s. på ett sådant sätt att vi också får besked om osannolik- heten. Följande uttalande av Stening visar detta tydligt:

”Om vi sålunda tänker oss att sannolikheten för temat är 0,8, är sannolikheten för att temat inte föreligger 1 minus 0,8 eller alltså 0,2, medan bevisvärdet 0,8 inte implicerar något bestämt värde för sannolikheten för att temat inte föreligger, *utan endast att sannolik- heten för att temat inte bevisas av bevisfaktum är 0,2*. Notera alltså att vi i det förra fallet vet att temat inte föreligger i 2 fall av 10, medan vi i det senare fallet inte känner till hur ofta temat inte före- ligger utan endast att temat i 2 fall av 10 inte bevisas av beviset.”⁸

Vi ser här hur Stening resonerar i frekvenstermer på traditionellt vis. Bevisvärdet 0,8 implicerar inte, säger han, ett bestämt värde för att temat inte föreligger, men anger dock att temat *i 2 fall av 10 inte bevi- sas av beviset*. Sedan följer den säregna konklusionen att vi inget vet om huruvida temat föreligger eller inte i de två fallen.

Det resonemang vi här möter från värdemetodens sida är svårbegrip- ligt. Här medges att temat i 2 fall av 10 inte bevisas av beviset, men sedan sägs det att vi inte vet hur ofta temat inte föreligger. Tydligen avses här temats osannolikhet som sådan, och inte dess osannolikhet på grundval av beviset. Är man ute efter temats absoluta sanning bor- de man dock inte heller, vilket Stening indirekt säger, kunna påstå att värdet 0,8 ger ett *bestämt* värde härom. Vad man kan säga är rimligt- vis endast det, att temats sannolikhet på grundval av ett visst bevis uppskattas till 0,8. Som jag så småningom återkommer till är det emel- lertid troligt att Stening faktiskt menar att värdet ifråga är ”bestämt”.

Men hur bär sig egentligen värdemetoden åt för att trola bort te- mats osannolikhet? Vart tar de två fallen i det ovanstående exemplet vägen? Går de bara upp i rök? Förklaringen av detta mysterium är ganska enkel. Vid bedömningen av sannolikheten för X tar man hän- syn till sannolikheten för icke-X, vilken alltså minskar sannolikheten för X i stället för att betraktas som ett självständigt alternativ; icke

⁸ Stening: Bevisvärde s 36 (min kurs).

X.⁹ Sannolikheten lämnas således öppen i ena änden — blir *ensidig*.¹⁰ Att sannolikheten lämnas öppen i ena änden beror rimligtvis på att man reserverar sig för möjligheten av att det existerar okända omständigheter vilka kan förrycka bedömningen.¹¹ *Detta betyder i sin tur att det i målet införda materialet inte betraktas som det totala materialet.*¹² Om nämligen det i målet införda materialet betraktades som det totala materialet, skulle det ju inte behöva tas hänsyn till något annat än

⁹ Se Ekelöf: Rättegång IV s 27: "Men vid bedömningen av bevisvärdet har jag ju även tagit hänsyn till hjälpfakta, som talar emot att temat orsakat beviset. De 25 fallen kan under sådana omständigheter endast symbolisera min osäkerhet om hur det förhåller sig härmed". Jfr not 11 nedan.

¹⁰ Termen "ensidig" och "tvåsidig" sannolikhet används av Nygaard: s 481. Termerna ifråga används också av Sahlin & Freeling: Samverkan, motverkan och Dempsters regel i TfR 1983 s 506. De använder även termerna "ren" och "blandad" sannolikhet — efter upphovsmannen *Bernoulli* — för ensidig resp tvåsidig sannolikhet. De anför ett exempel (s 506 f) som de menar illustrerar skillnaden: En person reser med tåg från Washington till Chicago. Han hittar en odaterad bit av en tidning med en meteorologisk rapport på vilken det står: "Snöstorm i Chicago i morgon". Då tåget är välstadat tror han att notisen kommer från dagens tidning. Han bedömer därför sannolikheten för snöstorm påföljande dag till 0,90. Sahlin & Freeling säger nu: "Men det är därmed inte sagt att sannolikheten för att vädret är mer välkomnande är 0,10. Ty om tidningen inte är dagsfärsk säger den ingenting om vädret följande dag, dvs i 10 % av fallen säger den ingenting om vad som skall hända. Kunskapssituationen är således av det slaget att endast en ensidig bedömning av sannolikheten är rimlig...". Detta exempel finner jag långt ifrån övertygande. Om nämligen tidningen inte är dagsfärsk säger den ju överhuvudtaget ingenting om vädret följande dag. Och är tidningen dagsfärsk anser jag att den säger att sannolikheten för att den inte blir snöstorm är 10 %. Att exemplet på något tydligt sätt skulle illustrera något annat kan jag inte finna. De säger vidare (s 507) att det är i situationer då kunskapen är begränsad som den ensidiga sannolikheten visar sin styrka. Kunskapen är emellertid alltid begränsad och jag kan därför inte se att detta skulle vara ett argument för värdemetoden.

¹¹ Så har värdemetoden också uppfattats av Nygaard. Denne säger s 481 f: "Også ved eintidig sannsynlighet vil ein talverdi på 0,4 for X ha som motstykke ein restverdi på 0,6. Men denne resverdien gir her uttrykk for *uvisse om X*. Denne form for resverdi er vel i realiteten ofte uttrykk for *reservasjon* mot feil eller mot at ytterlegare bevis kan endra standpunktet" (Nygaards kurs). Den invändning som jag riktar mot värdemetoden, att den inte bedömer sannolikheten enbart på grundval av det material som finns infört i målet, tycker jag ligger nära till hands, särskilt när man som Nygaard explicit formulerar vad det beror på att sannolikheten lämnas öppen i ena änden. Jag har emellertid varken hos Nygaard eller på något annat ställe i doktrinen funnit denna invändning, liksom inte heller de invändningar — vilka också ligger nära till hands — som jag framställer nedan i avsnitt 4.5.4.

¹² Jfr avsnitt 9.4.5 och Cohens uttalande. Som vi där kommer att se bygger Cohens "inductive probability" på samma grundtankar som värdemetoden.

detta, varvid någon ovisshet — givet detta material — inte skulle råda rörande temats osannolikhet. Vi skulle då med bestämdhet kunna säga att temats osannolikhet är t ex 0,2. Det förhållandet att värdemetoden lämnar sannolikheten öppen på det angivna viset kan inte — vågar jag lugnt påstå — bero på något annat sätt än att den söker den absoluta sanningen. I annat fall vore ju reservationen att man inte vet hur det förhåller sig med temats osannolikhet obegriplig.

Hur står nu värdemetodens målsättning, att söka temats absoluta sanning och därvid lämna frågan om temats osannolikhet obesvarad, i överensstämmelse med RB 35:1? Denna regel säger att rätten skall bedöma sannolikheten för temat på grundval av det material som finns infört i målet. Regeln begränsar alltså det material som rätten får ta hänsyn till och jag menar därför att regeln ifråga måste tolkas så, att *det i målet införda materialet skall betraktas som det totala materialet*. Därmed kommer sannolikheten att slutas i ett deduktivt system, varvid vi får besked även om temats osannolikhet.

Stening medger — som vi sett — att temat i 2 fall av 10 inte bevisas av beviset (se exemplet), vilket betyder att temats osannolikhet på grundval av beviset är 0,2. Att söka den absoluta sanningen, och säga att vi inget vet om temats osannolikhet, innebär att man inte håller sig enbart till det presenterade materialet, utan låter en ovisshet influera på bedömningen, vilken saknar stöd i det material som finns infört i målet. Och detta står, som sagt, inte i överensstämmelse med RB 35:1.

En fråga som jag inte berört och som jag inte heller skall behandla i detta sammanhang är följande: Hur är det möjligt att relatera bevisvärden till absolut sanning? Om det i målet införda materialet inte betraktas som det totala, vad skall man då anse utgöra det totala materialet? Som jag i kapitlet om det juridiska sanningsbegreppet kommer att visa, krävs i sådant fall att man gör *antaganden om utredningens fullständighet*.¹³ Ovisshet rörande utredningens fullständighet kommer därmed att suga kraft ur de bevis som talar för temats sannolikhet. Kvar blir därför ett sannolikhetsomdöme som antas ge ett säkert besked om hur det förhåller sig med sannolikheten. Det är enligt min mening mot denna bakgrund vi skall läsa Ekelöfs uttalande att vi "vet" hur det ligger till med temat i 60 fall av 100, och Stenings indirekta påstående att värdet 0,8 ger ett "bestämt" besked om sannolikheten. Påståendena kan man

¹³ Ett uttalande av Ekelöf tyder på att detta är menat, se avsnitt 9.4.2.

till förstone tro är slarvigt formulerade, men mht det anförda menar de säkert vad de säger.¹⁴

En konsekvens av värde metodens synsätt, som det ovan beskrivits, blir, att vi generellt måste ställa lägre krav på bevisningens styrka. När sannolikheten för icke-X konsekvent dras bort från sannolikheten för X, blir ju följden att den positiva bevisningens styrka alltid blir lägre än om vi betraktar icke-X som ett självständigt alternativ. I det sist-nämnda fallet låter vi ju inte sannolikheten för icke-X minska sannolikheten för X, varvid sannolikheten för X blir högre jämfört med om vi tillåter sannolikheten för icke-X minska sannolikheten för X. Vi kan också se hur Ekelöf förlägger tex "antagligt" på värdet 0,25.¹⁵ Använder vi ett temametodiskt synsätt ligger "antagligt" över 0,5.

Här vill jag också inskjuta följande. Om vi uppskattar att chanserna till regn är 0,8 så följer av negationsregeln att sannolikheten för icke-regn är 0,2. En sannolikhet som är *lägre än 0,5* används emellertid, enligt temametoden, för att beteckna en händelse som är *osannolik*.¹⁶ Ordet "sannolikhet" används alltså i två betydelser och det är mycket viktigt att skilja mellan betydelserna ifråga. Antag sålunda att jag, för att en förmånlig rättsföljd skall inträda, måste ha befunnit mig på platsen X vid en viss tidpunkt och att jag åberopar vittnet Y till stöd för temat ifråga, men att vittnets trovärdighet sätts ifråga. Om rätten trots allt anser att vittnets utsaga gör temat sannolikt är sannolikheten för händelsen enligt ett temametodiskt resonemang minst 0,5. Rätten kan sålunda inte säga att vittnet i viss mån stöder min berättelse, anse att sannolikheten för händelsen är tex 0,2, för att herefter dra slutsatsen att sannolikheten för att jag inte

¹⁴ Bolding har i skriften "Bevisbörda och beviskrav" s 14 kritiserat resonemanget. Han säger: "Detta förefaller mig som ett helt orimligt sätt att resonera. Domaren vet ingenting om något alls: gjorde han det så skulle det inte förekomma något bevisproblem, saken vore ju då klar. Hela utgångspunkten för resonemangen i bevisrätten måste vara att det i grunden finns en osäkerhet, och det kan inte vara riktigt att säga att osäkerhet är något som bara skulle föreligga på en viss del av sannolikhetsskalan". Jag instämmer i detta resonemang. Bolding verkar emellertid inte ha beaktat, att orsaken till att osäkerheten förläggs enbart på ena sidan av sannolikhetsskalan är den, att den absoluta sanningen söks, och att man, om man intar en allvetarposition — vilket man gör när det i målet införda materialet inte betraktas som det totala — *i och för sig* kan göra anspråk på att veta något "bestämt" om sannolikheten.

¹⁵ Se Ekelöf: Rättegång IV s 31 (4:e uppl).

¹⁶ Se Eggleston: Evidence s 11, som ansluter sig till temametoden: "Accordingly, if a person evaluates the chances of rain at 0.8, he should to be coherent, evaluate the probability of it not raining at 0.2. This probability, being *less than 0.5* is an example of a probability being assigned to an event that is *unlikely*, or, in ordinary language, *improbable*" (min kurs).

befann mig på platsen är 0,8. Enligt temametoden får rätten alltså i sådant fall antingen säga att vittnet gjort mitt påstående om händelsen sannolikt i erforderlig grad (varvid sålunda sannolikheten måste vara högre än 0,5) eller också säga att jag inte styrkt mitt påstående eller — om överviktsprincipen skulle gälla — presterat ens sannolikhetsövertikt.

Av intresse i detta sammanhang är även Ekelöfs kritik av överviktsprincipen. Är sannolikheten för temat, enligt ett temametodiskt synsätt 51 % (och 49 % emot), så är den bara 1 % för temats sannolikhet enligt ett värdemetodiskt synsätt.¹⁷ Detta fenomen som till en början verkar i det närmaste obegripligt, blir förklarligt när vi betänker att det är olika sanningar som söks med resp metod. Värdemetoden menar ju, att även om osannolikheten för temat givet beviset är 49 % så vet vi dock inget om temats faktiska osannolikhet och drar därför bort detta värde från temats sannolikhet (51 %). Kvar blir därför endast 1 %. Värdena 1 % resp 51 % uttrycker dock samma grad av tro på en händelse eftersom de, som framgått, grundar sig på samma bedömningsmaterial.¹⁸ Då sålunda skillnaden i uttryckssätt inte kan bero på skilda grader av tro måste den rimligtvis ha sin grund i att sannolikhetsomdömena är relaterade till olika sanningar. Värdemetoden söker den absoluta sanningen, gör en reservation för temats osannolikhet och startar därför sannolikhetsskalan vid värdet 0. Temametoden gör ingen sådan reservation därför att den betraktar det i målet införda materialet som det totala materialet. Den klyver av denna anledning skalan i två delar och börjar sannolikheten vid värdet 0,5. *Samma sannolikhet* blir därför uttrycket med ett högre värde hos temametoden.

Det kan också påpekas att en annan följd av värdemetodens synsätt blir, att vi vid summarisk prövning — p g a den knappa utredningen — inte kan erhålla höga bevisvärden. Den knappa utredningen medför ju nämligen att ovissheten blir stor. Följaktligen måste vi med ett värdemetodiskt synsätt ställa låga beviskrav i dessa sammanhang.¹⁹

4.5.4 Några andra konsekvenser av det värdemetodiska sannolikhetsbegreppet

4.5.4.1 Värdemetoden och beviskraven

Enligt värdemetoden får vi vidare, såvitt jag kan bedöma, brottas med oöverstigliga problem när vi skall jämföra bevisvärde med beviskrav.

¹⁷ Ekelöf: Rättegång IV s 115 f.

¹⁸ Se också nedan avsnitt 4.5.5 och 4.5.6.

¹⁹ Beträffande frågan om utredningens omfattning påverkar beviskravet, se avsnitt 9.4.4.

Om vi lägger ut beviskraven på en skala från 0 till 1:



vilket är det gängse sättet att presentera skalan, och man enligt värdemetoden bestämt bevisvärdet till 0,8, så betyder detta att vi bara ligger en liten bit från den absoluta vissheten. Av de ovan gjorda uttalandena måste vi nämligen dra den slutsatsen att skalan är relaterad till absolut visshet, och inte till temats sannolikhet på grundval av det i målet införda materialet.

En sådan relatering av skalan verkar dock vara helt orimlig. Som tidigare framgått ändras ju sannolikheten när ny information tillkommer. Domaren kan på grundval av BF 1 (BF = bevisfaktum) och BF 2 bedöma sannolikheten till 0,8, men tillkommer BF 3 och BF 4 kan han bli tvungen att revidera sin sannolikhetsuppskattning till tex 0,4. Domaren vet ju inte, när han bedömer sannolikheten, vad i övrigt finns att veta, och han kan därför inte relatera sannolikheten till absolut visshet. Det finns därför heller ingen poäng i att säga att man inget vet om temats osannolikhet. Domaren vet ingenting med säkerhet varken om temats sannolikhet eller osannolikhet.²⁰ Han skall bedöma sannolikheten på grundval av det material som finns infört i målet, och säger han att sannolikheten är 0,8 så betyder detta sålunda inte, att han är ett fjät från den absoluta sanningen, utan att han på grundval av vad som förekommit i målet tror detta.

Nu instämmer säkert företrädarna för värdemetoden i att ny information kan förändra sannolikhetskalkylen, men om jag har rätt i mitt resonemang så skulle de invända att det likväl är möjligt att göra antaganden om utredningens fullständighet, d v s domaren försöker så s blicka bortom det som finns infört i målet vid bestämningen av bevisvärdet. Sådana antaganden kan emellertid — skulle de i så fall säga — slå fel, varvid ny information kan komma att rubba sannolikheten.²¹

Jag vill i sammanhanget också påpeka följande. Både enligt frekvens-teorin och värdemetoden kan — som vi sett — sannolikhetskalkylen förändras om ny information tillkommer. Vi kan därför på valda bitar av information nå ett högt bevisvärde och därmed tillfredsställa ett högt beviskrav. Den allmänna inställningen torde nu vara, att uppnåen-

²⁰ Se Bolding: Bevisbörda och beviskrav s 14.

²¹ Angående antaganden om utredningens fullständighet, se mer utförligt avsnitt 9.4.2 och 9.4.5.

det av ett högt beviskrav är en garanti för att avgörandet är nära den materiella sanningen. Som vi sett är emellertid denna uppfattning inte riktig. Vi kan nå ett högt beviskrav på bristfällig information, och ett avgörande som vilar på ett högt beviskrav kan därför vara illa underbyggt och inte alls i överensstämmelse med verkliga förhållanden. Beviskraven kan därför inte användas som mätare på säkra avgöranden, utan vad vi behöver för att kunna känna oss trygga, är avgöranden som vilar på mycket noggranna undersökningar och som *dessutom* uppfyller ett högt beviskrav. Vad angår frågan *hur mycket information* som erfordras så lämnar bevisbördereglerne inget svar.²²

4.5.4.2 Sannolikheten blir en formuleringsfråga

Jag vänder nu åter till värdemetoden för ytterligare kritik. Frågan om bevisningen talar för temats sannolikhet eller osannolikhet blir lätt en fråga om lek med ord. Låt oss titta på följande exempel, där jag utgår ifrån att endast ett bevis finns:

Version 1

Tema: A hade stöldavsikt.

Bevisets bevisvärde för temat, *att A hade stöldavsikt*, är 0,5.

Om temats osannolikhet, d.v.s frågan om *A inte hade stöldavsikt*, vet vi ingenting.

Version 2

Tema: A hade *inte* stöldavsikt.

Bevisets bevisvärde för temat, *att A inte hade stöldavsikt*, är 0,5.

Om temats osannolikhet, d.v.s frågan om *A hade stöldavsikt* vet vi ingenting.

Jag har här valt bevisvärdet 0,5 därför att beviset, givet frekvensen, i sådana fall balanserar lika mot riktningarna sannolikt/osannolikt, men det resonemang som följer gäller i princip även vid andra bevisstyrkefördelningar.

Värdemetoden betraktar ju, som framgått, frekvenser på det traditionella sättet, d.v.s de ger även besked om osannolikheten. Likväl anses vi inte kunna göra ett uttalande om temats osannolikhet. Som vi sett beror detta på att sannolikheten för icke-X minskar sannolikheten för X, i stället för att betraktas som ett självständigt alternativ. En följd härav blir enligt min mening, att formuleringen av temat — negativt eller positivt — kommer att få en utslagsgivande betydelse vid bevisvärderingen. Antingen väljs en positiv formulering av temat (t.ex. stöldav-

²² Se avsnitt 9.4.5. Jfr också avsnitt 4.3.

sikt) och då minskar frekvensens negativa sida, dvs den som anger sannolikheten för icke-X, sannolikheten för X, eller också väljs en negativ formulering av temat (icke-stöld-avsikt), varvid förhållandet kastas om; sannolikheten för X enligt den första versionen kommer att utgöra frekvensens negativa sida och minska sannolikheten för X (dvs icke-stöldavsikt).

Som vi ser beror det alltså på hur frågan formuleras — negativt eller positivt — vad som är sannolikt resp osannolikt. Det är därför farligt att påstå att man inget vet om temats osannolikhet p g a att formuleringen av temat i så fall kommer att avgöra om någon sannolikhet föreligger. Jag vill här inskjuta att vad gäller en frekvens som balanserar, dvs ligger på 0,5, min invändning skulle försvinna om man antog att frekvensens positiva och negativa sida vägde ut varandra. Tittar vi emellertid på motverkansformeln, vilken i denna situation ligger närmast till hands, finner vi att ett motbevis av samma styrka som huvudbeviset inte eliminerar detta, utan endast minskar styrkan av den sammanvägda sannolikheten.

4.5.4.3 Värdeметoden tränger undan bevisbördereglerna

Värdeметодens uppfattning, att vi inte vet något om temats osannolikhet, har vidare mindre lyckade konsekvenser för användningen av bevisbördereglerna. Om sannolikheten för X antas vara 0,3 vet vi alltså inget om osannolikheten för X. Antag att svaranden är bevisskyldig för icke-X, om sannolikheten för icke-X vet vi nu som sagt ingenting enligt värdeметоден, medan sannolikheten för icke-X enligt ett *temametodiskt* synsätt blir 0,7. Ligger nu beviskravet på 0,7 blir resultatet med ett temametodiskt synsätt att svaranden fullgjort sin bevisskyldighet och han vinner målet. Med ett värdeметодiskt synsätt förlorar han målet. Det anmärkningsvärda med värdeметоден är att den *tränger undan och övertar bevisbördereglernas funktion*. Bevisbörderegler skall ju användas i det läge det råder ovisshet om ett relevant faktums existens och då förutsätts bevisningen redan ha värderats. Vid användandet av värdeметоден kommer nu synpunkten att vi inget vet om temats osannolikhet att avgöra om ett faktum skall fastställas eller ej. Hur man skall agera i det fall det råder ovisshet om ett faktums existens blir därmed icke en bevisbörde- utan en bevisvärderingsfråga.

Det är enligt min mening en klar nackdel att sättet att värdera bevisningen på det angivna sättet tränger undan och övertar bevisbördereglernas funktion. De överväganden enligt vilken bevisbördan avgör

utgången, t ex ändamålsskäl, kommer nämligen i mer begränsad omfattning att kunna göra sig gällande, p g a att slutsatsen att vi inget vet om temats osannolikhet är produkten av en teoretisk konstruktion för bevisvärdering och inte resultatet av en bevisbörderegel. Resultatet blir att vi i viss utsträckning får avgöranden som slår blint och utan hänsyn till att det av t ex ändamålsskäl kan vara lämpligare att ovissheten drabbar A än B, ty ovissheten är som vi sett ett resultat av metoden för bevisvärdering och denna ovisshet undanröjs inte genom användandet av en bevisbörderegel utan av det dubiösa påståendet att vi inget vet om temats osannolikhet.

4.5.4.4 Värdeметoden står inte i överensstämmelse med förhandlingsprincipen

Jag anser inte heller att värdeметoden står i överensstämmelse med förhandlingsprincipen.²³ Denna innebär bl a att rätten med några få undantag inte får komplettera utredningen i målet ex officio (se RB 35:6). Sakfrågan skall alltså i princip bedömas enbart på grundval av det material som parterna infört i målet. Nu kan ju part önska att en sakfråga skall bedömas på ett begränsat material och därvid t o m tala om eller eljest visa att han underlåter att föra fram väsentliga bevis. Vi kan t ex tänka oss att part läst upp ett skriftligt bevis under förberedelsen, vilket han senare under huvudförhandlingen inte alls omnämner och som han tillfrågad om förklarar sig inte vilja åbeorpa efter samråd med motparten. Ett annat exempel är att partens ombud under förberedelsen berättar om en relevant iakttagelse som han gjort, men att ombudet sedan förklarar att han (kanske i samråd med sin klient) inte vill vittna om sina iakttagelser under huvudförhandlingen.

Söks nu den absoluta sanningen bör rättens kännedom om informationerna ifråga påverka sannolikhetsbedömningen. Om emellertid domaren tar hänsyn till nämnda fakta vid bevisbedömningen bryter han både mot förhandlingsprincipen och mot RB 35:1. Särskilt tydligt blir detta om han enbart på grundval av de icke förebragta bevisen skulle anse sannolikheten tillräcklig eller otillräcklig. Än mindre står det i överensstämmelse med förhandlingsprincipen (och RB 35:1) att låta antaganden om utredningens fullständighet påverka bevisbedömningen. Enligt förhandlingsprincipen skall rätten döma på grundval av det material

²³ Angående förhandlingsprincipen, se avsnitt 1.6 vid not 23. Se också Ekelöf: Rättegång 1 s 46 ff.

som parterna fört in i målet och enligt RB 35:1 får rätten endast beakta sådant som förekommit under huvudförhandlingen. Det finns därmed — ur rättslig synpunkt — inte något utrymme för någon ovisshet rörande temats osannolikhet.²⁴

4.5.5 Något om ursprungssannolikheten

Till sist några ord om ursprungssannolikheten. Som vi sett gör ju förespråkarna för värdemetoden stor affär av denna. Tex säger Stening att ursprungssannolikheten enligt temametoden är av avgörande betydelse; är den hög så måste de föreliggande bevisen läggas ovanpå denna.²⁵ Sedan får vi veta att betydelsen av ursprungssannolikheten enligt värdemetoden endast är marginell; bevisvärdet kan vara högt, trots att ursprungssannolikheten är låg, samt lågt även om ursprungssannolikheten är hög.²⁶

Men har då ursprungssannolikheten ingen betydelse alls vid användandet av värdemetoden? Ja, på ett annat ställe i sin framställning säger Stening, att ursprungssannolikheten kan ha *stor betydelse* för det enskilda bevisfaktumets bevisvärde — framför allt då den är mycket hög eller mycket låg.²⁷ Detta påstående är förvånande, då vi nyss fått veta att den enligt värdemetoden endast har marginell betydelse.

I realiteten torde det förhålla sig så, att ursprungssannolikheten har ungefär lika stor betydelse både enligt tema- och värdemetoden. Skillnaden är endast den, att ursprungssannolikheten vid användandet av värdemetoden påverkar *bevisfaktums bevisvärde* för temat, medan den vid användandet av temametoden påverkar *temats sannolikhet*. Denna skillnad sammanhänger med metodernas skilda utgångspunkter. Enligt värdemetoden skall vi ju inte söka temats sannolikhet utan bevisfaktums bevisvärde för temat, medan vi enligt temametoden söker temats sannolikhet givet bevismaterialet. Var någonstans ursprungssannolikheten slår igenom och får betydelse torde nu i praktiken sakna betydelse för slutresultatet av bevisbedömningen. Oavsett om ursprungssannolikheten knyts till beviset eller temat utövar den sitt inflytande.

²⁴ Detta återkommer jag något till i avsnitt 9.4.5. Antag emellertid att det under huvudförhandlingen bara *antys* att det finns väsentliga bevis som inte förts fram. Antydningen har ju förekommit under huvudförhandlingen och bör därför få beaktas.

²⁵ Stening: Bevisvärde s 42.

²⁶ A a s 43.

²⁷ A a s 86. Angående ursprungssannolikhetens betydelse för den sk samverkansseffekten, se Stening a a s 86 ff.

Nu menar emellertid Stening att ursprungssannolikheten i rättsliga sammanhang i regel är "neutral" i den meningen att man inte kan säga sig ha mera skäl för temat än emot detsamma. Detta innebär enligt Stening att ursprungssannolikheten kan sägas vara omkring 0,5.²⁸ Då nu ursprungssannolikheten enligt värdeметoden påstås ha betydelse endast när den är mycket hög eller låg, kan detta föranleda oss att tro att den, när den är "neutral", får betydelse enligt temametoden genom att de konkreta bevis som finns läggs ovanpå detta värde. Med andra ord skulle då ursprungssannolikheten vid användandet av värdeметoden ha betydelse endast när den är mycket hög eller mycket låg, medan den enligt temametoden skulle ha betydelse *även* när den är neutral. Vi måste dock komma ihåg att om skälen som talar för och emot temats existens a priori är ungefär lika starka, sannolikheten för temats *negerade version* också är 0,5, eller neutral. Här kan vi inte enligt värdeметoden säga att vi inget vet om temats osannolikhet eftersom ursprungssannolikheten avser temat. Det sagda innebär att om vi lägger ett konkret bevis ovanpå ursprungssannolikheten för temat, vi från detta sammanvägda bevisvärde måste dra bort sannolikheten a priori för temats *negerade version*. Det resultat vi erhåller blir då i praktiken detsamma som om vi antog att ursprungssannolikheten är 0; de jämnstarka skälen för och emot temats existens a priori väger ut varandra.²⁹

4.5.6 Sammanfattande synpunkter

Sammanfattningsvis kan följande sägas. Det juridiska systemet är inte konstruerat utifrån den målsättningen att den fullständiga vissheten alltid skall nås. Detta framgår tydligt av att part i dispositiva mål själv ansvarar för utredningen och genom dispositioner kan göra så att sanningen inte utreds. Vidare måste ju värdet av en riktig dom ställas i relation dels till vikten av de intressen som står på spel och dels till den kostnad och tidsutdräkt det innebär att göra en fullständig undersökning av ett sakförhållande i alla dess detaljer.³⁰ Det material som rätten grundar sitt avgörande på kan nu vara av varierande omfattning. I tex grova brottmål och faderskapsmål sker mycket grundliga undersökningar. I dispositiva tvistemål kan materialet vara mer bristfälligt, och vid summariskt förfarande är utredningen regelmässigt tämligen sparsam.

²⁸ A a s 88.

²⁹ Jfr Bender/Röder/Nack I s 196.

³⁰ Se avsnitt 9.5.

Enligt RB 35:1 skall emellertid rätten *alltid* söka sannolikheten för temat på det material som presenterats i rättegången. Såvitt jag kan förstå, måste denna regel tolkas så, att det vid varje tillfälle presenterade materialet utgör det fullständiga materialet, ty beaktar rätten något annat än detta går den ju utöver vad som finns infört i målet. Ett uttalande om sannolikhet i process bör sålunda vara relaterat till vad som framstår som sannolikt på grundval av det i målet införda materialet, och inte till vad som överhuvudtaget kan antas vara sant. Värdeметoden har inte beaktat denna väsentliga och grundläggande juridiska förutsättning då den uppställer ett absolut sanningsbegrepp. När Stening säger att även om bevisvärdet är 0, så kan temat mycket väl vara sannolikt, illustrerar detta tydligt hur han låter en ovisshet som saknar stöd i det tillgängliga materialet influera bedömningen. Det riktiga är att, om bevisvärdet är 0, anse temats sannolikhet vara 0. Detta överensstämmer med temametoden, som söker sannolikheten för temat och därvid utgår ifrån att det presenterade materialet är det totala materialet. Därmed motsvarar temametoden väl den juridiska förutsättningen att sannolikheten skall sökas på ett visst sätt begränsat material.

Det kan vidare inte anses stå i överensstämmelse med RB 35:1 att ställa upp ett krav på kausalitet mellan bevis och tema, att tränga undan bevisbördereglerna, samt att föregripa temat genom att göra antaganden om dess existens. Metoden står överhuvudtaget, trots vad dess förespråkare hävdar, inte alls i överensstämmelse med de förutsättningar under vilka sanningssökandet i process skall ske och den kan dessutom inte anses stå i överensstämmelse med förhandlingsprincipen.

Utgår vi ifrån att ett absolut sanningsbegrepp inte bör användas vid bevisvärdering och att vi sålunda får besked om temats osannolikhet, samt släpper kravet på kausalitet, finns dessutom inte längre kvar någon skillnad mellan tema- och värdeметод. Om bevisvärdet knyts till en utsaga (bevisfaktum) för en händelse eller till händelsen givet utsagan är likgiltigt. I båda fallen grundar sig sannolikheten på frekvenser och vi erhåller samma resultat. Vi möter här en motsvarighet till möjligheten att tolka logisk sannolikhet som frekvenssannolikhet.

Observatören.–”I själva verket, sade han, gäller det att alltid, alltid hålla sig till observationer och ingenting annat. Undvik slutsatser, undvik värderingar, undvik omdömen! Det är det första jag säger till mina underobservatörer.

– Förstår de, frågade jag.

– Naturligtvis inte, svarade han.

(P O Sundman, Jägarna)

5. Bevistemat

5.1 Inledning

Som tidigare nämnts uppfattas bevisvärderingen som kunskapsteoretisk. Rättsnormer bör inte påverka värderingen av bevisen. Med denna kunskapsteoretiska attityd till bevisvärderingen följer att bevistemat bör vara exakt fixerat och objektivt konstaterbart. Det sannolikhetsbegrepp som används vid bevisvärdering kräver nämligen att man vet *vad* som är sannolikt. Detta krav är emellertid inte något speciellt vid juridisk bevisvärdering. Ett påstående om att något är sannolikt kräver rimligtvis alltid att det kan vara sant.¹

¹ Se Russell: Den mänskliga kunskapen s 395: ”Om induktionen skall tjäna de ändamål vi väntar att den skall tjäna inom vetenskapen, måste sannolikhet tolkas så, att ett sannolikhetspåstående bejakar ett faktum; detta kräver att sannolikheten i detta fall skall vara härledd från sanning och falskhet, icke vara något odefinierbart...” Jfr emellertid Goldsmith & Andersson s 70: ”Både för bevisvärdemetoden och temametoden antas att ett tema antingen är sant eller falskt, även om det aldrig med säkerhet kan fastställas vilketdera som är fallet. Olika domare kan emellertid ha olika uppfattning om vad sanning allmänt innebär. Därför förutsättes blott att de verkliga förhållandena antingen överensstämmer eller ej med *domarens uppfattning* (min kurs) om vad det skulle betyda att säga att temat är sant resp falskt”. Denna, mycket toleranta, inställning medför tydligen att domaren, om han anser att värderingar kan vara sanna eller falska, kan låta sådana utgöra bevistema. Å andra sidan ansluter sig författarna till sannolikhete teorin och denna kräver påståenden som i en viss bestämd mening kan vara sanna eller falska.

Syftet med detta kapitel är bl a att orientera läsaren om vilka krav på bevisstemats formulering, som det ovan nämnda kunskapsteoretiska synsättet för med sig, att diskutera i vad mån det kan uppfyllas, och vad konsekvenserna blir om det inte kan uppfyllas. Skillnaden mellan fakta och värderingar, sådan den vanligen uppfattas, kommer också att beskrivas, varvid även verifikationsprincipen kommer att beröras. Den föregivna skillnaden är viktig att känna till, eftersom en värdering – som ju av de flesta inte anses kunna vara sann eller falsk – inte bör få vara bevisstema. I samband härmed kommer något att sägas om indelningen i normativa och deskriptiva rekvisit. Denna tudelning vilar på skillnaden mellan fakta och värderingar. För mitt vidkommande är distinktionen av intresse främst ur bevissynpunkt: Är bevisproblemen mindre när rekvisit är beskrivande än när de uttrycker eller hänvisar till värderingar? Även en del andra frågor, t ex frågan om bevisstemats strukturering och denna strukturerings inverkan på sannolikhetsgraden kommer att tas upp till behandling. De väsentliga dragen i den följande framställningen har därmed angetts.

5.2 Vad är ett faktum?

Föremål för bevisning kan vara fakta, rätts- och erfarenhetssatser. Det är emellertid inte särskilt vanligt att rätts- och erfarenhetssatser blir föremål för bevisning, och jag kommer i den följande framställningen att främst inrikta mig på bevisning av fakta. Det som sägs gäller emellertid i princip för all slags bevisning. Vad är då ett faktum? Kallenberg har definierat fakta på följande sätt:

”Hvad (slutligen) rör fakta, så åsyftas därmed tilldragelser och tillstånd i den människan omgivande yttre världen (håri inbegripes naturligtvis också kroppsliga tings existens) eller i den verklighet, som icke är med sinnena omedelbart åtkomlig; i senare afseendet komma i betraktande psykiska fakta, såsom *dolus* och *culpa*, *bona* och *mala fides*, *berådt* och *hastigt mod m m*”.²

Som vi ser menar Kallenberg med ett faktum en *händelse* eller ett *tillstånd*. Till vardags menar vi också med ett faktum oftast en händelse. Vi säger t ex att det är ett faktum att det snöar och menar då själva händelsen. Ur *logisk* synpunkt är det emellertid lämpligare att betrak-

² Kallenberg II s 527. Se även Blomeyer s 351 och Rosenberg-Schwab s 372 hos vilka vi möter i stort sett likadana uttalanden som hos Kallenberg. Jfr även not 11 nedan i detta avsnitt.

ta påståendet eller *utsagan* som ett faktum. Vi kan tillämpa olika logiska operationer på utsagor men inte på händelser.³ Från utsagor kan vi dra slutsatser. De kan också vara motsägelsefulla eller motsäga en teori.⁴

När det i bevisrättsliga sammanhang talas om bevisfakta menas också – åtminstone i modern doktrin – utsagor om sakförhållanden.⁵ Närmast tänker man väl då på vittnesutsagor. Skulle ett skriftligt dokument användas som bevis är det alltså inte dokumentet i sig som utgör bevisfaktum, utan de utsagor som finns i dokumentet.⁶ Vad beträffar t ex ett fotavtryck, kan det verka egendomligt att säga att bevisfaktum i detta fall är en utsaga. Detta beror antagligen på att man skiljer mellan fotavtrycket som ett *materiellt ting* och *utsagan* ”detta är ett fotavtryck”. Tingen talar dock inte utan vi måste formulera våra sinnesintryck i ord. Termen faktum används emellertid i denna framställning inte på ett entydigt sätt. Ibland avses utsagor och ibland materiella ting eller ”händelser”. Av sammanhanget torde emellertid framgå vad som åsyftas.

En utsaga är antingen sann eller falsk. Man får emellertid skilja mellan en utsagas principiella natur av att vara antingen sann eller falsk, och den praktiska verifikationsmöjligheten. På grund av vår bristande kunskap om verklighetssammanhangen får vi i praktiken nöja oss med sannolikheter.⁷ Om Andersson sagt att han såg Pettersson på en bestämd plats vid en bestämd tidpunkt, är detta påstående till sin natur sådant att det är sant eller falskt: Antingen befann sig Pettersson på platsen eller ej. Men med tanke på att Andersson av olika skäl kan ha misstagit sig, kan vi på grundval av Anderssons utsaga endast säga att det är mer eller mindre sannolikt att Pettersson befann sig på platsen.

För att en utsaga skall kunna vara sann eller falsk måste den – om den inte är analytisk – vara *beskrivande*.⁸ Den måste beteckna något i verkligheten. I sin enklaste form sker verifikationen genom direkt iakttagelse. Harré säger att fakta måste referera till ”a measurable, countable

³ Rosing: Vetenskapens logiska grunder s 128.

⁴ Rosing a st.

⁵ Se t ex Halldén: TfR 1973 s 56. Stening: Bevisvärde s 65 talar visserligen om sannolikheten för händelser, men härmed måste avses utsagor om händelser. På motsvarande sätt menas med rättsfaktum – åtminstone i den praktiska slutledningen – en utsaga om en händelse, se Larenz s 258.

⁶ Se Ekelöf: En essay om tolkning och mening s 10.

⁷ Jfr avsnitt 3.4.

⁸ Från analytiska satser bortses i det följande. Sådana satser saknar intresse ur bevisvärderingssynpunkt.

le or observable phenomenon".⁹ I bevisrättslig doktrin finner man påstående angående bevisstemats formulering som korresponderar med detta strikt vetenskapliga synsätt. Sålunda säger Zahle att bevisvärderingens bekännelse till sannolikhete teorin fordrar ett *entydigt* och *deskriptivt* tema.¹⁰ Liknande uttalanden finner man på andra håll.¹¹ Till den juridiska bevisvärderingen har, kan man säga, överförts ett empiristiskt ideal om mätbar exakthet och opersonlig objektivitet. Det språk som används i rättsliga sammanhang har emellertid inte en sådan stringens som det vetenskapliga språket har. Det är i stället både vagt och mångtydigt. Idealet om mätbar exakthet förblir därför ett ideal. Jag kommer senare i framställningen att belysa detta.

5.3 Verifikationsprincipen

Bevis temat skall, som vi sett, uttrycka ett påstående, det skall alltså kunna verifieras eller falsifieras. Vid bevisvärdering är slutmålet att kunna fastslå huruvida temat är sant eller falskt, men den absoluta visheten når vi sällan. Den förblir ofta ett gränsvärde – ett maximum – som vi strävar mot, utan att riktigt kunna nå. Vi får därför som regel nöja oss med att göra påståenden om vad som är sannolikt. Det sannolika förhåller sig alltså till det sanna på ungefär det sätt som Tage Danielsson uttryckt i den roande monologen "Före och efter Harrisburg": "Det sannolika är något som är sant – men bara nästan".

Vi ser hur vi osökt har kommit in på verifikationsprincipen. Principen innebär i all korthet att det är fakta som gör påståenden sanna eller falska.¹² Den har också uttryckts på följande sätt: En sats mening är dess verifierbarhetsmetod.¹³ Av tesen följer att alla satser som inte kan entydigt besannas eller vederläggas med sinnenas hjälp är meningslösa *ur empirisk synpunkt*.¹⁴ Vi kan i detta sammanhang notera den

⁹ Harré i *Theoria* vol 24 s 256.

¹⁰ Zahle s 162.

¹¹ Cohen: *Probable* s 22: "This conception of a probability as a *measurable physical connection* (min kurs), Schneider: *Logik* s 203: "Der Beweissatz muss *klar und bestimmt* formuliert sein". Se också Wroblewski: *The problem of the so-called judicial truth* i JFT 1975 s 21: "The current legal theory concerning problems of legal evidence implicitly seems to assume, that the facts the judge has to deal with are determined by legal norms *descriptively, positively* and in a *simple way*" (min kurs).

¹² Ayer: *Språk* s 12.

¹³ von Wright: *Logik, filosofi och språk* s 149.

¹⁴ A st.

fullständiga parallelliteten med juridisk bevisvärdering, där ju utsagor om fakta ställs i relation till varandra. Det är tydligt att bevisrätten vilar på verifikationsprincipen.

Verifikationsprincipen har, trots att den reviderats ett flertal gånger, blivit till föremål för stark kritik, och mycket finns inte kvar av den även om den inte helt uppgivits. Vi skall i det följande titta lite grand på dess historia.¹⁵

Enligt den ursprungliga uppfattningen innebar principen att en utsaga är meningslös om den inte *slutgiltigt* kan verifieras. Man insåg dock så småningom att en utsaga kunde vara praktiskt omöjlig att verifiera, men att den ändå måste betraktas som meningsfull. Om jag sålunda påstår att det finns guld på planeten Pluto, så kan detta påstående för närvarande inte verifieras. Jag kan dock tänka mig en metod för verifikation. En raket innehållande mätutrustning skulle t ex kunna skickas dit. Kravet på slutgiltig verifikation ändrades därför till ett krav på *verifierbarhet i princip*. Det skulle således räcka med att det var *teoretiskt möjligt* att verifiera en utsaga. Snart fick man emellertid överge även denna tolkning av verifikationsprincipen. En sådan utsaga som "alla människor är dödliga" kan inte ens i princip verifieras. Utsagan gäller för ett oändligt antal fall och dess sanningshalt kan därför inte fastställas genom en ändlig serie observationer. Men kanske ett kriterium i stället kunde vara *falsifierbarhet*? – En utsaga är meningsfull endast om den kan falsifieras. Man kan dock inte falsifiera en utsaga som "Det finns åtminstone en enhörning". En sådan utsaga kommer därför att betraktas som meningslös, trots att man inte kan utesluta att det någonstans på jorden eller på någon annan planet vandrar omkring en enhörning. Härefter försökte man med följande definition: En utsaga är meningsfull om den *antingen kan verifieras eller falsifieras*. Genom denna definition kom man emellertid inte ifrån svårigheterna. Vad gäller verifikationen av en utsaga kan denna aldrig bli slutgiltig eftersom ingen erfarenhetssats är absolut evident. Beträffande falsifikationen av en utsaga finns alltid en risk för att situationen felbedöms, eller att okända faktorer griper in i händelseförloppet. Verifikationsprincipen kom sedan, och slutligen, att formuleras mildare till att avse ett krav på *provbarhet*; det måste i erfarenheten finnas något som är relevant för en utsagas sanningsvärde. Även denna formulering

¹⁵ Framställningen av verifikationsprincipens historia bygger på Ayers bok "Språk, sanning och lögn" och boken "The foundations of empirical knowledge" av densamme, samt på von Wrights framställning "Logik, filosofi och språk".

av verifikationsprincipen har blivit kritiserad. Det finns nämligen fakta som inte talar för eller mot enskilda satser, utan snarare för eller mot hela grupper av premisser från vilka enskilda satser kan härledas.¹⁶ Nämnas bör också att Popper anser att satser överhuvudtaget inte kan verifieras.¹⁷

5.3.1 Vaghet

Att ett problem med verifikationsprincipen skulle kunna vara att de ord som vi använder oss av när vi beskriver verkligheten är *vaga*, nämns inte hos de tidiga empiristerna. Det sägs ingenting om detta hos t ex Ayer i den första upplagan av hans bok "Språk, sanning och lögn", som utkom 1936. I ett tillägg till boken som Ayer skrev 10 år senare säger han, att han förbisett den svårighet som är förknippad med "att de flesta empiriska utsagor till en viss grad är vaga",¹⁸ Vagheten innebär enligt Ayer, "att det aldrig finns någon viss mängd observationspåståenden, om vilka man kan säga, att exakt de följer ur ett givet påstående om ett materiellt föremål".¹⁹ Det är emellertid enligt Ayer inte desto mindre så, att ett påstående om ett materiellt föremål endast kan verifieras genom observationspåståenden, även om det är osäkert vilken disjunktion av observationspåståenden som har denna effekt.²⁰

Numera råder enligt Jareborg enighet om att någon grad av vaghet är att tillskriva alla termer som är empiriska, dvs som har anknytning till den genom sinnena åtkomliga verkligheten.²¹ Påståendet är riktigt om vaghet betyder att en term har något område inom vilket man inte vet om den är tillämplig eller ej.²² Med denna definition av vaghet blir t ex begreppet "cirkel" att betrakta som vagt. Betraktar man en noggrant ritad cirkel genom ett mikroskop kommer man nämligen att finna att linjen vindlar.²³ Vanligen menas emellertid med en vag term en term vars gränsområde är tämligen vidsträckt.²⁴ Hit hör skolexemplen på vaga termer som t ex "skog" och "flintskallig". Hur många träd och hur tätt måste dessa stå för att ett område skall kunna betrak-

¹⁶ Jareborg: Begrepp s 38.

¹⁷ Popper s 95. Se härom mer utförligt avsnitt 5.3.3 not 40.

¹⁸ Ayer: Språk s 156.

¹⁹ A st.

²⁰ A st.

²¹ Jareborg: Begrepp s 99. Se också Regnell: Semantik s 64.

²² Andersson & Furberg s 114.

²³ A st.

²⁴ A st.

tas som en skog? Och om man rycker bort ett hårstrå i taget, när blir man flintskallig?

Det är inte bara generella termer som är behäftade med vaghet utan även singulära.²⁵ "A singular term naming a physical object can be vague in point of the boundaries of that object in space-time, while a general term can be vague in point of the marginal hangers-on of its extension".²⁶ Det vill säga: Vagheten hos en generell term, t ex "berg", medför att du inte exakt kan ange vilka formationer som faller under begreppet, medan vagheten hos den singulära termen "berget" innebär att, ifall du ser ut över ett landskap med ett berg och en dalgång, du inte kan säga exakt var i naturen som dalen slutar och berget börjar.²⁷ Genom definitioner kan man i viss mån motarbeta vagheten, men den går inte att eliminera helt och hållet.²⁸ Vaghet har ingenting att göra med den teoretiska möjligheten att verifiera ett påstående.²⁹

5.3.2 Fakta och värderingar

Från utsagor brukar man – och måste man enligt verifikationsprincipen – skilja värderingar. Att en term är vag behöver inte innebära att den uttrycker en värdering. Som ovan framgick är ju alla beskrivande ord i större eller mindre utsträckning vaga. En värdeterm kan å andra sidan sägas vara vag.

Värderingar anses av många inte kunna vara varken sanna eller falska.³⁰ Det är nog, som framhållits, en djupt rotad föreställning hos oss, att det råder en fundamental skillnad mellan fakta och värderingar.³¹ Jareborg har kallat uppdelningen för "the great divide" genom dess stora betydelse för vårt tänkesätt.³² Dikotomin är tilltalande genom sin – åtminstone vid första ögonkastet – enkelhet, och därför att den stämmer med ett allmänt föreställningssätt. Vi kan se "berg", "träd", "stolar", "färger" etc, de existerar och hör till verkligheten.³³ I den

²⁵ Quine: Word & Object s 126.

²⁶ A st.

²⁷ Se Jareborg: Begrepp s 101. Jfr Regnell: Semantik s 63.

²⁸ Jareborg: Begrepp s 99.

²⁹ Jareborg: Begrepp s 99, Quine s 128.

³⁰ Se härom Jareborg: Värderingar s 226 och Regnell: Semantik s 47. Se också Stevenson: Facts and values s 214 ff. Jareborg och Stevenson anser emellertid inte, i likhet med en del andra, att värdesatser saknar sanningsvärde.

³¹ Jareborg: Värderingar s 222 och Begrepp s 144. Se också Searl: Speech acts s 50.

³² Jareborg: Begrepp s 144.

³³ Searl s 175.

filosofiska litteraturen kallas företeelser av detta slag ofta för *brute facts*, vilka man tänker sig kunna konstatera genom användning av perception och erfarenhetssatser.³⁴ Världen tycks bestå av denna slags "brute facts" och kunskap om världen förefaller vi endast att kunna få genom kunskap om "brute facts".³⁵ Ett uttalande däremot att något är "bra", "vackert" eller "gott", kan man inte bekräfta genom iakttagelse av verkligheten. Det "bra", det "vackra" eller det "goda" kan därför inte höra till verkligheten, utan måste vara uttryck för ett personligt tyckande, en subjektiv värdering eller något liknande.³⁶ På detta skisserade sättet torde skillnaden mellan fakta och värderingar uppfattas.

Att på det ovan antydda sättet göra en absolut kategoriklyvning mellan fakta och värderingar tror jag inte alltid är möjligt.³⁷ Det förefaller i stället att ofta vara frågan om en gradskillnad. Ryding gör en uppdelning mellan sakord och känsloord, som enligt min mening verkar träffande. Enligt Rydings uppfattning kan ord fördelas efter en skala på följande sätt:³⁸

Rena sakord	Sakord med känsломässig överbyggnad	I lika mån känsломässiga som sakligt refererande	Känsломässiga men med överbyggnad av sakföreställningar	Rent känsломässiga ord
"bil"	"lömsk",	"äcklig"	"under-	"aj"
"gul"	"pålitlig"	"kräk"	hållande"	"hurra"
"skriv-maskin"	"hederlig"	"spirituell"	"trevlig"	"usch"
			"skurk"	

³⁴ Searl s 50, Sundby: Normer s 100. Se även Anscombe: On brute facts s 69 ff.

³⁵ Searl s 50. Jfr Russell: Den mänskliga kunskapen s 149: "Solen är ett faktum; Caesars övergång av Rubicon var ett faktum; om jag har tandvärk, är min tandvärk ett faktum. Om jag gör ett påstående, är detta mitt görande ett faktum och om påståendet är sant, finns det ytterligare ett faktum på grund av vilket det är sant, men inte om det är falskt. Fakta är det som gör påståenden sanna eller falska" (s 148).

³⁶ Se Searl s 175. Jfr också Regnell: Semantik s 47. Peters: Strafprozess s 674 uttrycker denna klassiska uppfattning mycket tydligt: "Der Tatsachenbegriff steht im Gegensatz zu Beurteilungen und Bewertungen. Diese sind nur Subjektiv herleitbar und nur persönlich gültig".

³⁷ Jfr Bergström: Objektivitet s 69, som menar att gränsen mellan fakta och värderingar inte är skarp, men att faktueella resultat i de flesta fall kan uttryckas med termer som inte är värdeladdade. Se dock Halldén: Emotive propositions s 10: "The two categories (fakta och värderingar) are easily distinguished, though it is rather difficult to put a finger on the distinguishing factor".

³⁸ Ryding s 92 ff. Jfr även Andersson & Furberg s 98.

Längst till vänster på skalan finns alltså de rent beskrivande orden, men sedan sker en kontinuerlig övergång rum i den högra riktningen på skalan fram till de rena känslorden, vilka saknar informationsvärde. Juridiska termer som t ex "obilligt" och "oskäligt" skulle förmodligen få placeras långt till höger på skalan, men enligt min mening inte så långt till höger att de fränskrivs sakföreställningar helt och hållet.

Distinktionen mellan fakta och värderingar förutsätter att det är möjligt att någonstans på skalan dra ett diagonalt streck och säga att till vänster om detta streck ligger fakta och till höger värderingar.

Om man tittar på skalan och jämför ett sådant ord som "skrivmaskin" med ordet "äcket", verkar det visserligen finnas en skillnad, vilken tycks bestå i att ordet "skrivmaskin" refererar till något som man kan iaktta, medan ordet "äcket" förutsätter både att man iakttagit och värderat någon eller något. Denna skillnad förefaller emellertid inte vara särskilt djupgående. Då ordet "skrivmaskin" är vagt, finns det ju inte någon viss exakt mängd observationspåståenden som kan härledas ur det materiella ting som svarar mot ordet. Och att ett ord refererar till ett materiellt ting behöver väl fö inte utesluta, vilket distinktionen mellan fakta och värderingar verkar förutsätta, att det aldrig ligger någon värdering i ett uttalande om ett materiellt ting. Tex utgör ordet "bil" ett sakord, men det är fullt möjligt att det är en värdering som gör att ett billiknande ting hänförs inom begreppsomfånget för ordet "bil", tex den värderingen att saker som rullar på vägarna och släpper ut giftiga avgaser bör anses vara bilar, därför att det för dessa finns betämmelser om avgasrening.

Vidare är det väl så, att fastän ett ord som "äcket" inte hänför sig enbart till ett materiellt ting, det är vissa observationspåståenden som gör bruket av ordet befogat. Vem som helst kan man inte kalla för "äcket", liksom man inte kan kalla vad som helst för "skrivmaskin". Nu säger Ayer att ett påstående om ett materiellt ting endast kan verifieras genom observationspåståenden, även om det inte med bestämdhet kan sägas vilken disjunktion av observationspåståenden som har denna effekt. Men är inte situationen likadan med ett ord som "äcket"? Vissa observationspåståenden gör bruket av ordet befogat, utan att man kan säga vilken disjunktion av observationspåståenden som har denna effekt.³⁹

³⁹ Jfr Jareborg: Begrepp s 38, som säger att det inte torde erbjuda några svårigheter att göra verifikationsprincipen tillämplig på andra satser än påståendesatser.

5.3.3 Verifikationsprincipen i praktiken – det ideala bevistemat.

Låt oss nu göra en återblick på invändningarna mot verifikationsprincipen. Som vi sett har verifikationsprincipen även i sin mildaste form blivit till föremål för stark kritik. Den är problematisk bl a därför att ord är vaga och därför att det är svårt att dra en bestämd gräns mellan fakta och värderingar. Dessa problem torde emellertid kunna bemästras med hjälp av definitioner. En tung invändning är emellertid att det finns fakta som talar för eller mot hela grupper av premisser i stället för att vara relaterade till enskilda satser. Anser man dessutom, som Popper, att satser inte alls kan verifieras, faller verifikationsprincipen helt platt till marken.

Man kan mot bakgrund av dessa invändningar mena, att bevisrätten – som ju grundar sig på verifikationsprincipen – vilar på ett ohållbart underlag. Vi skall emellertid komma ihåg, att verifikationsprincipen är uppställd med anspråk på att vara en *generell vetenskaplig teori*, angivande vilka satser som är empiriskt meningsfulla. Som vetenskaplig modell måste den kunna bemöta och vederlägga invändningar av de mest skilda slag, och dessa invändningar ligger som regel på ett högt och subtilt vetenskapligt plan. När sålunda Popper säger att vi inte kan verifiera satsen: "Här är ett glas vatten", så betyder detta säkert inte att Popper själv skulle vägra bejaka påståendet att han håller ett glas vatten i handen, när han på kvällen borstar tänderna, utan att man från en strikt vetenskaplig synpunkt inte kan verifiera en sådan sats.⁴⁰

Att verifikationsprincipen inte helskinnad klarat sig igenom invändningarnas skärseld betyder alltså inte att den inte i vissa avseenden är förtjänstfull, och framför allt betyder det inte, att den inte kan ligga till grundval för de vardagliga och "normala" situationer som förekommer vid juridisk bevisvärdering. Verifikationsprincipen anger här – liksom i många fall – ett *ideal* som vi bör sträva emot. Den säger att vi bör försöka använda oss av beskrivande satser och logiska ord för att

⁴⁰ Popper menar alltså att satser inte kan verifieras. Förklaringen till denna hans ståndpunkt är följande s 95: "Every description uses *universal* names (or symbols, or ideas); every statement has the character of a theory, of a hypothesis. The statement, 'Here is a glass of water' cannot be verified by any observational experience. The reason is that *universals* which appear in it cannot be correlated with any specific sense – experience... By the word 'glass' for example, we denote physical bodies which exhibit a certain *law-like behaviour*, and the same holds for the word 'water'. Universals cannot be reduced to classes of experiences; they cannot be constituted".

inte sväva ut i spekulationer som inte kan prövas.⁴¹ Vad gäller bevistemat bör detta alltså om möjligt vara rent beskrivande. Låt oss titta på följande uppställning av två grupper av bevistemata:

Grupp 1

Befann sig A på platsen B?
Träffade A och B varandra?
Körde A mot rött ljus?
Såg sig fotgängaren om vid övergångsstället?

Grupp 2

Är Volvo en utmärkt bil?
Har hyresgästen A varit störande?
Är B en skötsam person?
Gjorde A ett kvalificerat arbete?

Den första gruppen av temata ligger långt till vänster på skalan, är beskrivande, och kan i princip betraktas som "antingen eller" temata. Antingen befann sig A på platsen B eller inte, antingen träffade A och B varandra eller inte etc. I den andra gruppen uttrycker temata värderingar och de kan därför inte placeras in i ett "antingen eller" schema.⁴² Om tex Volvo är en utmärkt bil eller inte, eller om ett arbete är kvalificerat eller inte, beror på vad man tycker kännetecknar en utmärkt bil resp ett kvalificerat arbete, och preferenserna kan variera betydligt från person till person beroende på tycke och smak, tex kanske en inbiten saabägare inte har mycket till övers för Volvo.

Temata i den första gruppen verkar däremot inte medge annat än ett ja eller ett nej svar. Detta gäller dock bara grovt taget. Vad menas tex med att "träffa varandra" eller att "se sig om". Om ett vittne säger att de för narkotikasmuggling åtalade A och B träffade varandra, och det sedan framkommer att vittnet såg dem gå förbi varandra på gatan på 2 meters avstånd utan att hälsa på varandra eller i övrigt ta notis om varandra, är det uppenbarligen grovt missvisande och kanske

⁴¹ Se Regnell: Semantik s 39 som säger: "Även om inte den logiska empirismens alla teorier om meningsfullhet och meningslöshet håller för en sträng kritik, så har de utan tvivel i praktiken ett stort värde, då det gäller att befria vetenskapen från oklara och mer eller mindre meningslösa standardsanningar." Jfr Jareborg: Begrepp s 39.

⁴² Jfr Andersson & Furberg s 97, vilka ställer utsagorna "Bordet är grönt" och "Persson är ett fyllesvin" mot varandra. De säger att antingen är det sant eller också är det falskt (grovt taget) att bordet är grönt, och att utsagan är deskriptiv genom att den beskriver sakförhållanden eller möjliga sakförhållanden. Beträffande den andra utsagan säger de att den inte enbart är beskrivande. Den ger (grovt taget) uttryck för känslor. De säger vidare att det beträffande en sådan utsaga är lite malplacerat att fråga om den är sann eller falsk därför att den har en icke-deskriptiv mening.

rentav lögnaktigt att påstå att de träffade varandra. Och om det visar sig att fotgängaren vid övergångsstället endast vred huvudet ett kvarts varv åt vardera hållet, kan man fråga sig om det inte är missvisande att säga att han "såg sig om". Skulle ett vittne fälla detta påstående, skulle det till sitt försvar för beskrivningen kunna tänkas anföra, att det vid det aktuella övergångsstället var så lite trafik, att han anser att fotgängaren såg sig om tillräckligt med hänsyn till platsen och trafikintensiteten. Uttrycket "såg sig om" är i så fall värdebemängt mht kontexten. Genom att ställa frågor till den som beskriver ett sakförhållande kan man emellertid upptäcka sådana missvisande beskrivningar.

Bevistemat bör alltså preciseras i riktning mot den vänstra kanten på skalan – mot rena beskrivningar.⁴³ I den mån det är möjligt att undvika värderingar, kommer man emellertid aldrig ifrån att de ord som används vid beskrivningar alltid i viss mån är vaga. Detta innebär bla att det inte går att dra en bestämd gräns mellan fastställande av fakta och subsumtion.⁴⁴

5.4 Om svårigheten att erhålla ett fixerat bevisstema

5.4.1 Inledning

Möjligheterna att i rättsliga sammanhang erhålla exakta bevisstema är begränsade, och jag anser att den gradering av bevisvärdet eller sannolikheten för temat från 0 till 1, som görs vid en logisk/matematisk bestämning av sannolikheten, överskattar denna möjlighet. Synsättet tycks utgå ifrån att det är möjligt att åstadkomma en exakt korrespondens mellan ord och verklighet, och torde ha hämtats från ett strikt vetenskapligt betraktelsesätt. I de exakta naturvetenskaperna sker emellertid observationer under kontrollerade former, och dessutom

⁴³ Se Schönke-Kuchinke s 252. Se också Bruns s 297 och Jauernig s 167. Den sistnämnde menar emellertid att om rättsbegreppet används allmänt i vardagsspråket (tex "köp") och saken är ostridig mellan parterna, någon reduktion till fakta inte erfordras. Parterna kan alltså i sådana fall tillåtas utföra subsumtionen. Skälet härtill är en förmodan, att rättsfrågan i sådana fall är av enkel beskaffenhet. Som Würthwein s 126 framhåller, kan emellertid rättsfrågan även i sådana fall vara mycket komplicerad. Om detta vet man ju ingenting, eftersom det är parterna som utför subsumtionen. Det bör här också påpekas att ifall bevisstemat inte kan bestämmas, RB 35:5 ger möjlighet att – såvitt gäller uppskattningen av inträffad skada – bestämma denna till skäligt belopp.

⁴⁴ Se härom avsnitt 10.3.2, 11.2 och 11.4.

används ett stringent formaliserat språk. I juridiska sammanhang däremot, används vardagsspråket, vilket i hög utsträckning är både vagt och mångtydigt. Och t ex vittnen gör ju inte sina iakttagelser under laboratorieförhållanden, utan de blir i regel plötsligt överrumplade av en händelse, vilken kan te sig både dramatisk och skrämmande. Själva upplevelsen av situationen kommer därmed att avgöra hur den beskrivs. Att det skulle vara möjligt att — vilket ibland hävdas — göra en skillnad mellan iakttagelse och tolkning av det iakttagna⁴⁵ är knappast möjligt i dessa sammanhang. Tvärtom hänger, som vi i det följande kommer att se, iakttagelse, tolkning och beskrivning ihop med varandra.

5.4.2 Tolkningsprocessen

De intryck som vi mottar från yttrevärlden måste tolkas för att kunna omsättas till medvetna upplevelser. Alla signaler som når oss kan vi dock inte tillgodogöra oss, därtill är vår hjärnkapacitet alltför begränsad. Eftersom vi inte kan bearbeta mer än en bråkdel av de sinnesdata som ingår i en komplett perception måste vi bygga vår uppfattning av omvärlden på tolkningen av mycket ofullständig och fragmentariskt uppfattad information. Genom vår erfarenhet kan vi emellertid skapa kompletta upplevelser och meningsfulla iakttagelser.⁴⁶

Tolkningsprocessen medför att vad vi ser kommer att präglas av tidigare upplevelser och intressen. Om en jägmästare och en artilleriofficer är ute och promenerar i en skog utan något speciellt ärende, ser jägmästaren de misskötta skogsområdena, de rötskadade träden och spillning efter djur. Artilleriofficeren däremot, ser på samma ställen en idealisk uppställningsplats för kanoner och lämpliga platser för försvar.⁴⁷ Ifall vi till Trankells sällskap sällar en jurist kanske denne skulle se åverkan på grenar, nedskräpningen och tagandet av den olovliga vägen ett stycke bort.

Hos Taylor finner vi redogörelser för både intressanta och tankeväckande experiment rörande den selektiva perceptionen. Ett experiment har visat att fattiga barn upplever mynt som större än vad rika barn gör.⁴⁸ I ett annat experiment har människor maskerats så att det sett

⁴⁵ Ekman s 78. Se även Rosing s 133: "Man bör sålunda göra en klar skillnad mellan saker som man direkt kan observera och sådant som endast är slutsatser på basen av dessa observationer."

⁴⁶ Trankell s 14 f.

⁴⁷ A a s 15.

⁴⁸ Taylor s 187.

ut som om de saknat någon kroppsdel. Det visade sig att gifta kvinnor inte så ofta märkte att någonting var gale när det var deras män de såg, som när det var frågan om främlingar.⁴⁹ I ett annat experiment fick meniga soldater se både officerare och meniga maskerade på detta sätt. Man fann att de inte lika ofta lade märke till den skenbara stympningen när de såg på officerare som när de såg på andra.⁵⁰

I nästan samtliga redovisade experiment har perceptionen varit selektiv på så sätt att personerna lagt märke till olika saker. Tolkningsprocessen innebär emellertid också, vilket myntexperimentet får anses visa, att vi, beroende på tidigare upplevelser, intressen, karaktärsegenskaper, bildningsnivå m m, kan *beskriva samma företeelse på olika sätt*. Detta innebär att det som en person beskriver som ett "slag" av en annan kan beskrivas som en "stöt" eller en "knuff". Det som den ene beskriver som ett "gräl" kan en annan beskriva som en "diskussion". Den som av en person blir beskriven som "framåt" och "impulsiv", kan av en annan bli beskriven som "dominant" och "opålitlig".⁵¹ Konsekvenserna av denna slags variationer är kanske i vardagliga sammanhang inte så allvarliga. I rättsliga sammanhang kan det emellertid vara frågan om ansvar för brott eller något annat ingripande, och då är relevansen av olika beskrivningar viktig. Om det var en "knuff" kan det på sin höjd bli tal om ofredande. Var det ett "slag" kan det vara frågan om misshandel. I ett vårdnadsfall har det betydelse om en förälder beskrivs som "framåt" och "spontan", vilka egenskaper de flesta torde anse är övervägande positiva, i stället för som "dominant" och "opålitlig", vilka egenskaper de flesta anser vara dåliga.

5.4.3 Reduktionism och relativism

Det brukar hävdas att i den mån vittnen ger värdeomdömen, m a o om de brukade orden befinner sig till höger på skalan, dessa bör reduceras till rena beskrivningar.⁵² De bör således återföras på ord i den vänstra kanten på skalan. Det är naturligtvis önskvärt om preciseringar kan ske, men man bör inte överskatta möjligheterna här till, och inte heller — vilket jag återkommer till — driva kravet på precisering alltför långt.

⁴⁹ A st.

⁵⁰ A st.

⁵¹ Jfr Ryding s 70 angående språkets betydelse i detta avseende: "Vagheten tillåter att olika beteckningar, fördelaktiga och mindre fördelaktiga, används om samma sak."

⁵² Se t ex Döhring s 114 f.

I t ex mål om vårdnad, umgängesrätt och namnbyte för barn, är det inte ovanligt att beskrivningar som "vänlig", "tillmötesgående", "skötsam", "aggressiv", "dominant" etc, används av parterna om varandra. Dessa socialpsykologiska värdebegrepp är mycket sammansatta. De hänför sig till egenskaper hos personer, vilka är svåra att beskriva på ett konkret och uttömmande sätt. Då värdebegreppen ifråga har ett obestämt innehåll täcker de emellertid — på ett slagordsmässigt sätt — in även sådant som är svårt att beskriva.⁵³ Om t ex någon blir tillfrågad varför han anser en person "vänlig och tillmötesgående", och alltså skall försöka reducera värdeomdömet till konkreta beskrivande termer, kanske denne endast kan säga att han brukar få låna vederbörandes bil, och att denne också brukar se till hans hem när han är bortrest. Säger man då till den person som lämnat beskrivningen — menar du verkligen att en person är vänlig och tillmötesgående bara av dessa skäl? — invänder denne säkert att naturligtvis inte, men att han inte kan räkna upp allt i personens uppträdande som motiverar användningen av värdebegreppen.

Om en förälder i ett vårdnadsmål beskrivs som t ex "vänlig, tillmötesgående och skötsam", bör emellertid inte dessa värderingar okritiskt godtas. Ifall t ex en förälder är artig och förekommande på sitt arbete, men hemma agar barnen, kan han inte sägas vara vänlig och tillmötesgående mot barnen. Och om vederbörande är punktlig på sitt arbete och arbetar mycket, men hemma super och håller ostädat, är han skötsam i ett avseende, men inte i ett annat.

Vad som fordras av en person i avseende av "skötsamhet", "vänlighet" etc, m a o vilket innehåll som bör betonas i begreppen, beror på i vilken situation de är av relevans. Det fordras en speciell skötsamhet hos en vårdnadshavare, en annan hos den som söker jobbet som bankdirektör, och en tredje hos den som ansöker om lämplighetsintyg för körkort. När rätten skall ta hänsyn till om en person är lämplig som vårdnadshavare, bör den alltså fundera över vilka egenskaper en lämplig vårdnadshavare bör ha, och söka kontrollera att de använda värdebegreppen har den täckning som fordras.

I praxis kan man se att följande slags omständigheter förekommer i bevisrelationer. Att ett arbete ansågs *kvalificerat* har tillmätts bevisvär-

⁵³ Jfr Engisch: Logische s 94, som påpekar att vid användningen av begrepp som dessa fastställande av fakta och subsumtion går hand i hand, Engisch anvisar möjligheten att — åtminstone för vissa fall — upplösa värdebegrepp på konkreta fakta. Se mer härom i avsnitt 10.3.2.

de för att A hade fog för en viss uppfattning.⁵⁴ Den omständigheten att vissa bestämmelser ansetts vara *svåröverskådliga* har haft bevisvärde för att B inte kände till en viss faktisk omständighet.⁵⁵ Att en person haft ett *väsentligt intresse* för en sak har haft betydelse som bevis för att denne inte känt till en viss faktisk omständighet.⁵⁶ Det förhållandet att en person ansetts vara mycket *skötsam*, har tillmätts betydelse som bevis för att personen ifråga saknat uppsåt att döda.⁵⁷

Om t ex ett "väsentligt intresse" föreligger, eller om vissa bestämmelser är att anse som "svåröverskådliga", bör givetvis inte bero på domarens personliga värderingar. Detta är inte heller nödvändigt eftersom *erfarenheten* säger oss att människor i allmänhet, eller en viss grupp av människor, i regel uppfattar vissa bestämmelser som "svåröverskådliga", eller att givet vissa fakta ett "väsentligt intresse" uppkommer för dem. Det finns således en värdegemenskap i samhället, som vi av erfarenhet känner till, och som är möjlig att kontrollera empiriskt genom lämpliga undersökningar.⁵⁸

Det föreligger dock, som vi ser, en väsentlig skillnad mellan att knyta bevisvärdet till vad folk i allmänhet tycker, och att knyta bevisvärdet till det upplösta värdebegreppet d v s till fakta. I det förra fallet transformeras värdebegreppet till ett *deskriptivt begrepp*. Vad som är t ex ett "väsentligt intresse" bestäms av om folk, givet vissa fakta, anser att ett sådant intresse föreligger eller ej och blir därmed ett empiriskt faktum. Då folk, beroende på vilken grupp de tillhör, kan tycka olika om detta, blir bestämningen *relativ*. Detta sätt att bestämma innebörden av värdeuttryck kallas också för *deskriptiv värderativism*.⁵⁹ Vad gäller det senare fallet, d v s upplösningen av begreppet, så förmedlas inte bevisvärdet av värdegemenskapen i samhället i stort, eller hos en viss grupp av människor, utan av de konkreta fakta som begreppet vilar på. Då man således försöker definiera begreppet mot konkreta fakta, söker man också att *objektivt* bestämma innebörden hos detsamma.

⁵⁴ NJA 1969 s 409.

⁵⁵ Se NJA 1961 s 330 och HR:ns bedömning.

⁵⁶ NJA 1966 s 475 (dissidenterna).

⁵⁷ NJA 1968 s 500 (dissidenterna i HovRn).

⁵⁸ Jfr Hermerén s 12.

⁵⁹ Se Stevenson s 90 ff, som ställer sig kritisk mot densamma. Vad Stevenson diskuterar är emellertid inte bevisfrågor utan värdeomdömen och deras innebörd. Angående deskriptiv värderativism se även Jareborg: Värderingar s 228. Både Stevenson och Jareborg ställer sig kritiska till deskriptiv värderativism. Angående relativism, se också avsnitt 3.5 och 11.2.2.

Hur domstolarna i praktiken går till väga vid bevisbedömningen i sådana fall som de förevarande är svårt att uttala sig om. I en del fall kan emellertid inte ett värdebegrepp översättas till konkreta fakta, utan att bevisvärdet försvinner eller avsevärt försvagas, och man kan ifrågasätta om inte ett försök till reduktion i sådana fall skulle strida mot principen om fri bevisprövning. Antag således att vi försöker empirisera, d v s till konkreta beskrivande termer, reducera begreppet "svåröverskådliga bestämmelser". Vi kan empirisera "svåröverskådligt" till en viss gräns, tex skulle kunna konstateras att bokstävernas höjd är endast 2 mm. Men säger jag att texten innehåller "svåra ord", har jag halkat in i den situation som skulle undvikas. Termen ifråga är inte enbart beskrivande utan också värderande. Det finns dessutom en hel mängd detaljer i texten vilka har betydelse för min bedömning att den är "svåröverskådlig", men att uttrycka detta, utan att använda just termen "svåröverskådlig", verkar ogörligt. Och skulle jag trots allt försöka att göra en ren empirisering, så långt som detta nu är möjligt, så skulle det säkert kunna verka långsökt att påstå, att en person på grundval av dessa fakta, inte kände till den ifrågavarande faktiska omständigheten. Det är först när det sägs att bestämmelserna är "svåröverskådliga" som beviset blir *påtagligt*. Att en reduktion i ett fall som detta skulle kunna strida mot principen om fri bevisprövning, hänger sålunda samman med att vi genom reduktionen inte blir i stånd att beakta all information som ligger inbäddad i själva värdebegreppet.⁶⁰ Häremot skulle man möjligen kunna invända att frihet vid bevisprövningen också innebär en valfrihet för domaren att välja mellan det relativistiska synsättet och reduktionsmodellen.

Ett problem i ovanstående sammanhang är *motbevisningen*. Ett bevisfaktum bör ju kunna motbevisas, men hur motbevisar man tex att någon haft ett "väsentligt intresse", eller att bestämmelser inte är "svåröverskådliga"? Det problematiska i sammanhanget är, som framgått, att vi, när vi iakttar något och sedan beskriver det som tex "svåröverskådligt", lägger märke till en mängd detaljer och sammanhang mellan dessa, och därefter sammanfattar vår iakttagelse med ordet "svåröverskådligt", utan att vi är i stånd att ge en fullständig och exakt beskriv-

⁶⁰ Jfr Bruns s 296, som menar att bevistemat vid bevis av "Augenscheinsqualität" (syn, sakkunnig och urkundsbevis) kan utgöras av tex "wesentliche Beeinträchtigung" och "unbefestigte Vertiefung". Anledningen härtill synes vara att bedömaren själv kan iaktta alla de detaljer som finns sammanfattade i det värdebemängda bevistemat.

ning av alla de enskildheter som ligger till grund för omdömet.⁶¹ Det blir därför inte meningsfullt att låta motbevisningen avse de konkreta detaljer som omdömet grundar sig på. Vi kan heller inte begära att parterna skall gå ut och göra empiriska undersökningar rörande frågan om människor i allmänhet, eller en viss grupp av människor, anser att vissa bestämmelser är "svåröverskådliga" eller ej. Å andra sidan ligger det en fara i att låta domarens rent personliga värderingar avgöra en sådan fråga. För att förhindra godtycke kan man då låta domaren vid sin bedömning vara bunden av vad folk i allmänhet, eller en viss grupp, kan förmodas tycka om bestämmelserna ifråga. Detta skulle alltså vara ett exempel på att domaren vid sin bevisbedömning skall förfara så att den kan godtas av andra förståndiga personer.⁶²

Det bör i sammanhanget påpekas, att eftersom det enligt det relativistiska synsättet finns fakta i botten, åtminstone några av dem borde kunna konkretiseras och göras till föremål för motbevisning. Detta är riktigt, men om de ifrågavarande konkreta fakta inte utgör en *bestämd definition* av begreppet, får man räkna med att rätten kan anse att text ett "väsentligt intresse" föreligger, även om vissa fakta motbevisats. Vid *partiell reduktion* kan alltså motbevisningen misslyckas. Reduceras däremot begreppet på ett bestämt sätt och bevisvärdet knyts till fakta i definitionen, så lyckas motbevisningen om fakta (eller kanske ett faktum) i definitionen motbevisas. Häri ligger en trygghet för part, som får ett på förhand angivet konkret faktum att motbevisa. Å andra sidan innebär detta att vi får en slags legalitet i *bevisföringen*.⁶³ Detta torde emellertid i viss mån vara ofrånkomligt då begrepp är vaga och vi för motbevisningens del behöver konkreta fakta.

Om nu det ovan förda resonemanget godtas, såvitt gäller bevisfaktumsidan, bör då inte en konsekvens vara att ett *värderekvisit*, som text "vårdslöshet" bör kunna bevisas på samma sätt? Kan inte domaren säga, att eftersom en viss slags handling erfarenhetsmässigt brukar betecknas som vårdslös av nästan alla människor, vårdslösheten har blivit bevisad?⁶⁴ Ja, i och för sig skulle domaren kunna resonera på detta vis. Culpabedömningen vore emellertid i sådant fall att hänföra till sakfrågan. Därmed skulle fakta — i vart fall enligt processrättens

⁶¹ I sådana fall går det därmed inte heller att skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion, se avsnitt 10.3.2.

⁶² Angående detta objektivitetsbegrepp, se avsnitt 3.5. Denna relativism vid bevisbedömningen har jag kritiserat, men här möter vi exempel på fall där den synes vara motiverad.

⁶³ Se mer utförligt i sammanfattningen, avsnitt 5.9.

⁶⁴ Så resonerar Schjelderup s 90. Se mer om detta i avsnitt 7.2.

nuvarande systematik — inte behöva åberopas; de skulle ju enligt synsättet ifråga komma att betraktas som bevisfakta. Dispositionsprincipen skulle även i övrigt riskera att förlora sin betydelse enligt det ifrågavarande betraktelsesättet.

Rättsregler har vidare ett *ändamål*, och det kan tänkas att andra måttstockar, än vad folk i allmänhet tycker, måste användas för att detta ändamål skall kunna realiseras. Antag sålunda att "svåröverskådliga bestämmelser" vore ett rekvisit. För att ändamålet med denna regel skulle kunna realiseras kunde fordras att även ganska lättbegripliga bestämmelser fick betraktas som "svåröverskådliga". Men det kunde också tänkas att bestämmelserna fick vara mycket svårbegripliga för att det ifrågavarande ändamålet skulle kunna realiseras. Rätten skulle i alla fall vara tvungen att stå öppen för sådana resonemang, vilket inte är fallet när "svåröverskådligt" finns på bevisfaktumsidan. Fungerar omständigheten som ett bevisfaktum bör domaren, utan att blanda in tex ändamålsöverväganden, fråga sig hur människor i allmänhet, eller en viss grupp av människor, kan förmodas uppfatta bestämmelserna och därvid använda sig av livserfarenheten och göra en rent kunskapsmässig bedömning. Försöker rätten i stället att definiera termen och återföra den på konkreta fakta bör detta ske enligt allmänt språkbruk.

Av det ovan anförda har framgått bl a att erfarenhetssatser kan knytas till värdebegrepp som deskriptiviserats och att dessa begrepp därvid fungerar som bevisfakta. Men de kan också knytas till *komplexa rekvisit*. Det förhållandet att någon inte betalat en klar och förfallen skuld anses vara ett bevis — närmare bestämt en presumtion — för insolvens. Och insolvens betraktas av vissa som ett komplext rekvisit.⁶⁵ Vidare presumeras enligt UB 4:19, som tidigare berörts, *äganderätt* om gemensam besittning föreligger,⁶⁶ och enligt utskottets uttalanden i anslutning till denna regel, bör tex en faktura av vilken det framgår att båda makarna är köpare, vara tillräckligt *bevis* för *samäganderätt*.⁶⁷ Vidare har vi den sk presumerade culpan. Om tex någon brutit mot en skyddsföreskrift och en olycka inträffat, kan domstolarna presumera att brottet mot skyddsföreskriften orsakat olyckan.

Gemensamt för de nu nämnda fallen är att bevisemat är av komplex natur. Bevisföremålet är här inte preciserade enskilda faktiska omständigheter typ "brute facts" utan komplexa rekvisit. Vid bevisbedömning-

⁶⁵ Welamson: Konkursrätt s 50.

⁶⁶ Se avsnitt 3.6.3.

⁶⁷ Se avsnitt 3.6.3.

en bryts inte de ifrågavarande komplexa rekvisiten upp i konstituerande delar. Man undersöker alltså inte om alla de enskildheter föreligger som konstituerar rekvisiten, utan antar att de relevanta enskildheterna föreligger då beviset eller presumptionen är för handen.⁶⁸ Om emellertid motbevisning förekommer blir ofta en sådan analys och sönderbrytning nödvändig, eftersom invändningarna och bevisen naturligen kommer att rikta in sig på enskilda fakta.⁶⁹ Prövningen kan m a o ligga på olika nivåer vad gäller noggrannhet beroende på om motbevisning anføres eller inte.⁷⁰

Av det anförda har framgått att bevistemat inte alls behöver vara entydigt för att sannolikhetsbedömningar skall kunna göras. Det väsentliga är att en erfarenhetssats kan knytas till temat. Är emellertid temat komplext blir erfarenhetssatsen s a s grövre och bedömningen mer osäker, än om temat är enkelt och mer entydigt. Förekommer motbevisning eller bör domstolen eljest vara noggrann och omsorgsfull i sin prövning, bör bevistemat preciseras i riktning mot den vänstra kanten på Rydings skala.

5.5 Vad händer om bevistemat inte kan fixeras?

Jag har ovan sagt att bevistemat — om man vill vara noggrann — bör preciseras mot rena beskrivningar. Härvid har framgått att lagen i vissa fall gör komplexa rättsfakta till bevisföremål, samt att värdebegrepp kan vara svåra att upplösa till beskrivande satser. Jag har sagt att det, även om målet kan vara att erhålla enkla osammansatta fixerade temata, kan vara svårt att nå detta mål. Väl kan det vara så, att det ur *teoretisk synpunkt* — in abstracto — är möjligt att formulera exakta bevistemata, men man måste skilja på denna möjlighet, och på vad vittnen och andra som uppträder inför domstol *faktiskt säger*. Vittnen kan säga att en hyresgäst är ”störande”, att en bilist körde ”våldigt fort”, att en person som eventuellt visat oförstånd verkat ha ”reda på sig”, utan att det är möjligt att få exaktare angivelser. Man frågar sig naturligtvis på vilket sätt tex en hyresgäst varit ”störande”, men de preciseringar som kan åstadkommas kanske inte leder fram till exaktare begrepp. Kanske sägs att hyresgästen spelat ”våldigt högt”. Men

⁶⁸ Jfr Rosenberg s 228 och Leipold s 94 f, samt avsnitt 8.4.2.

⁶⁹ Se Bruns s 297.

⁷⁰ Se mer utförligt om detta i avsnitt 8.5.3.

vad är väldigt högt? Exakta bevisstemat i dessa fall skulle kunna vara att decibelnivån hos hyresgästen är 120, att bilisten kört 150 km/tim, och att den oförståndige har en IQ på 70. Vittnen bär emellertid inte med sig decibelmätare, fartmätare eller intelligenstagare.

Det kan alltså vara svårt att återföra bevisstemat på sådana exakta begrepp som erfordras för att man skall kunna säga att bevisvärdet är t ex 0,8. Man kan ju knappast säga att bevisvärdet för t ex "störande" eller "väldigt högt" är 0,8, då man inte riktigt vet vilken verklighet som döljer sig bakom orden. Härmed sammanhänger att det är svårt att avgöra om vad en person säger är sant eller falskt. Det brukar ju krävas att bevisstemat skall vara sant eller falskt, men då beskrivningar börjar flyta ut mot den högra kanten på Rydings skala blir det en ytterst subtil fråga om de kan anses vara sanna eller falska. Och man kan enligt min mening inte kräva att bevisstemat skall vara otvetydigt sant. I så fall kommer en hel del information att lämnas utanför bevisvärderingen, vilket strider mot RB 35:1, och överhuvudtaget vore olämpligt, m h t att det språk som används i rättsliga sammanhang ofta är vagt.

Då bevisutsagor är vaga måste tydligen en tolkning avgöra om de kan tillmätas relevans. Vi skall i det följande titta lite grand på tolkningen av bevisutsagor.

5.5.1 Tolkning av bevisutsagor

Jämför följande två satser:

1. Andersson rusade mot dörren, slet upp den, och sprang ut på gatan.
2. Andersson gick snabbt mot dörren, öppnade den med en bestämd handrörelse, och promenerade med raska kliv ut på gatan.

Utsagorna tänkes beskriva samma händelse, vilket får anses fullt möjligt. Den första utsagan ger intryck av att Andersson varit panikslagen och okontrollerad, medan den andra utsagan ger en bild av en kontrollerad och behärskad person. Båda utsagorna ger emellertid besked om att Andersson varit inne i lägenheten och sedan förflyttat sig ut på gatan. Vad sedan gäller frågan *hur* Andersson förflyttat sig ut på gatan skiljer sig utsagorna åt och på denna punkt kan det vara mycket svårt att få klarhet. En mer känslig person kan beskriva händelsen enligt version 1, en mer robust person enligt version 2. Båda versionerna kan ligga inom de språkliga ramar vilka anger hur händelsen är möjlig att beskriva, d v s ordens vaghet gör att båda versionerna i och för sig faller inom utsagornas betydelseområde. Båda versionerna kan alltså i

och för sig vara sanna eller falska, men endera eller båda versionerna kan ge en felaktig föreställning om vad som faktiskt tilldragit sig.⁷¹

För att ta ett annat exempel. Antag att en hyresgäst sägs vara "störande". Ett och samma beteende kan beskrivas som "störande" resp icke "störande" av två personer. Antag tex att en lugn och stillsam äldre person, som bott i ett lugnt bostadsområde, av någon anledning måste flytta till en studentkorridor. Där spelas det ibland popmusik med hög volym och det förekommer fester med stöj och stim. Med den erfarenhet av boende som denne äldre person sedan tidigare har, kommer hon troligen att tycka att de medboende är "störande". Tillfrågas en student i samma korridor, tycker däremot denne kanske inte att miljön är "störande". Att här säga att bevisvärdet för "störande" skulle vara tex 0,8, innebär att man menar att det finns *en* riktig och sann beskrivning av vad som är "störande". Men så kan det rimligtvis inte förhålla sig. Båda personerna har nämligen iakttagit precis samma förhållanden. De kan därför knappast vara oeniga i sak. Att tex ljudnivån har varit 100 db, att fester förekommit ett par gånger i månaden, att musik då spelats högt hela natten, och att 20-30 personer brukat vara närvarande på festerna, kan de båda personerna vara helt eniga om. Skillnaden ligger i att de har *olika referensramar*, och att de som en följd härav kommer att mena olika saker med "störande".⁷² På grund av vagheten hos ordet "störande", kan man dock inte med bestämdhet säga att den ena utsagan är sann och den andra falsk.

Som vi ser föreligger emellertid en skillnad mellan exemplen. I det första fallet kunde vi inte genom upplösning till konkreta fakta få klarhet i hur A flyttade sig ut ur lägenheten. I det andra exemplet lyckades vi däremot med att reducera värdeomdömet till vissa bestämt angivna fakta (100 db, 20-30 personer etc), vilka är så fixerade att det kan fastställas om de är sanna eller falska. Frågan huruvida dessa fakta skall läggas till grund för domen eller ej beror på hur den ifrågavarande

⁷¹ Jfr Ryding s 94 som ställer frågan om det är ett språkfel att använda termen "sublim utsikt" om utsikten över en parkeringsplats i grå betong. Han anför exemplet för att visa att det inte går att dra en skarp gräns mellan framställningar som är falska och sådana som bryter mot normer för hederlighet. Det är, säger han, en subtil fråga om yttrandet är lögnaktigt eller bara överträder en bruksregel.

⁷² Jfr Ryding s 70: "I vardagssammanhang förblir dock de vaga uttrycken oundvikliga. Vi får finna oss i att samma beteende kallas 'utmanande' eller 'korrekt', samma applåder 'kraftiga' eller 'måttliga', samma politik 'framgångsrik' eller 'misslyckad'. Denna växling behöver inte i och för sig bero på någon strävan att lura mottagaren. Olika personer har olika måttstockar."

rättssatsen tolkas. Vi möter här det förhållande som påpekades i inledningskapitlet, att det är rättssatsen som avgör vilka fakta i ett händelseförlopp som är av relevans.

Vad däremot beträffar det första fallet, kunde vi, som sagt, inte få klarhet i hur A förflyttade sig ut ur lägenheten. Vi lyckades inte med reduktionen. Utsagorna är fortfarande vaga, och vi vet inte riktigt vilken verklighet som döljer sig bakom dem. Om överhuvudtaget någon av utsagorna skall tillmätas relevans, och i så fall vilken av dem, blir därmed problematiskt.⁷³ Enligt min mening bör här av betydelse vara vilken tolkningsprincip som gäller för den ifrågavarande materiella rättsregeln. Antag sålunda att det rör sig om ett brottmål; A påstår i sammanhanget ha begått ett brott. Straffrättsliga regler bör tolkas *restriktivt*, och den version bör därför väljas som är till *förmån* för A. I exemplet har vi att göra med valet mellan två utsagor. Finns bara en version bör den naturligtvis tolkas enligt samma princip. Säger t ex ett vittne i ett mål där B är tilltalad för våldsamt motstånd att han "fäktade våldsamt med armar och ben", och det är omöjligt att få klarhet i exakt hur B betedde sig (vilket torde vara det vanliga) bör således vittnesutsagan tolkas restriktivt. Att exakt ange vilken betydelse utsagan skall ges genom den restriktiva tolkningen är dock inte möjligt. Vad som kan sägas är endast att den bör ges ett för B *mer förmånligt innehåll*, t ex "han gjorde rörelser med armar och ben för att komma loss".⁷⁴

Observera vidare en annan skillnad mellan de båda exemplen. I det andra fallet (bullret) är det normen som avgör vilka fakta i ett händelseförlopp som skall tillmätas relevans, medan i det första fallet (förflyttningen) sättet att tolka normen får betydelse för tolkningen av själva vittnesutsagan.

Jag antydde ovan att man kanske kunde använda sig av en *subjektivt-individrelaterad* tolkningsmetod, där man försöker tolka en utsaga mot bakgrund av vittnets tidigare erfarenheter, karaktärsegenskaper m m, m a o mot bakgrund av det enskilda vittnets speciella referensramar. Jag anser emellertid att en sådan metod är svår att använda. Vi har väl i regel inte sådana ingående kunskaper om vittnets personlighet att det finns underlag för en sådan tolkning. Men dessutom, och detta är det

⁷³ Jfr NJA 1980 s 369. Bevisskyldigheten med avseende på tilltalads påstående om utgifter har ansetts åvila åklagaren, men en förutsättning för att påståendet skall kunna godtas enbart därför att det inte blivit vederlagt, har ansetts vara att det blivit *så konkretiserat att det inte på grund av sin vaghet praktiskt sett undandrar sig kontroll*.

⁷⁴ Jfr avsnitt 7.6 om rättsnormerad bevisvärdering.

väsentliga, så måste vi likväl med en sådan metod, jämföra den enskilda individens måttstock med en annan måttstock för att kunna avgöra om utsagan skall tillmätas relevans eller ej. Och denna måttstock bör enligt min mening vara att söka i den aktuella rättsnormen.

Generellt kan man säga, att ju längre till höger vi kommer på Rydings skala, desto större subjektivitet kan ligga i en utsaga, och desto mer svärbedömd blir frågan om den kan anses vara sann eller falsk, och att ju längre till vänster vi kommer på skalan, desto mer objektiv kan bedömningen bli. I den mån en utsaga tenderar att gå mot höger på skalan, och den inte är möjlig att konkretisera, men heller inte så vag att den direkt bör lämnas utan avseende, blir huvuduppgiften vid bevisvärderingen att genom tolkning avgöra vilken betydelse den skall ges.

Man kan i detta sammanhang fråga sig, om vi inte på en viss punkt lämnar bevisvärderingens fält och övergår till ren tolkning. Bevisvärderingen förutsätter ju att temat kan vara sant eller falskt, och är detta inte längre möjligt att avgöra, är det inte korrekt att säga att något är sannolikt. Ett alternativ är här, som framgått, att in dubio lämna en utsaga utan avseende. Då emellertid detta skulle leda till att många utsagor som är informationsbärande skulle komma att sakna betydelse, är en sådan lösning inte att rekommendera.

Hur bevisvärdering och tolkning närmare förhåller sig till varandra skall utredas närmare i kap 7. Tydligt är emellertid att tolkningen av utsagan logiskt sett går före själva bevisvärderingen, dvs först avgränsar vi ett tema och sedan följer sannolikhetsuppskattningen. Bevisvärderingen blir naturligtvis osäker i de fall tolkningen endast ungefärligt kan snäva in referensområdet för en utsaga.

5.5.2 Sak- och rättsfråga kan inte särskiljas

Kan bevistemat inte fixeras tenderar sak- och rättsfråga att flyta ihop. Antag, för att återknyta till exemplet ovan, att det görs gällande att en hyresgäst har varit "störande" därför att han spelat "våldigt högt". Domaren skulle säkert bra gärna vilja veta hur högt hyresgästen spelat. Men här dyker snart andra intressanta frågor upp. Är kanske vittnena särskilt lättstörda? Och hur stor störning måste en hyresgäst tåla? Den sistnämnda frågan är en rättsfråga. Hur skall man nu kunna skilja toleransbedömningen från bedömningen av hur stor störningen varit då denna inte kunde bestämmas? Och hur skall man kunna skilja frågan hur stark bevisningen för störningen är från frågan om beviskra-

vet är uppfyllt, när styrkan av störningen inte kunde bestämmas? Svaret är att sak- och rättsfråga här inte går att särskilja som en följd av att bevistemat inte har gått att fixera.

Det är givetvis så, att ifall man inte kan skilja mellan sak- och rättsfråga, man inte heller kan skilja mellan bevisvärdering som en kunskapsteoretisk verksamhet artskiljd från ställningstagandet till bevisträskravet, vilket är bestämt av en rättsregel. När således Bolding, Ekelöf, m fl, säger att frågan om hur stark bevisning som erfordras klart måste skiljas från frågan hur stark bevisningen är, ligger bakom denna deklaration som en outtalad förutsättning att bevistemat kan fixeras.⁷⁵

När vi har att göra med vaga begrepp, som inte kan reduceras till konkreta termer, blir det också svårt att skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion.⁷⁶ Som en följd härav blir det också svårt att skilja mellan bevis- och rättsfakta. Om tex ett vittne säger att någon "spelat väldigt högt", är detta i så fall ett bevisfaktum för att personen ifråga har varit "störande", eller är det ett rättsfaktum som konstituerar rekvisitet "störande"? Och om någon säger att "han verkade inte ha reda på sig", är detta ett bevisfaktum för "oförstånd" eller ett rättsfaktum som eventuellt konstituerar rekvisitet "oförstånd"? Och om någon säger att en förälder är "skötsam", är detta ett bevisfaktum för att det är förenligt med "barnets bästa" att föräldern ifråga får vårdnaden, eller är det ett rättsfaktum som har betydelse för konstitueringen av rekvisitet "barnets bästa"?⁷⁷

Det problematiska här är att vi inte har tillgång till fixerade bevistemata. "Störande", "oförstånd" och "barnets bästa" är ju temata som är värderande, men som samtidigt har en överbyggnad av sakförhållanden. De utgör således inte rent beskrivande temata, och det kan därför inte enbart på teoretiska skäl avgöras om de föreligger eller ej. Kan man däremot fastställa att tex störnivån varit 130 db, är fastställandet av detta faktum en ren kunskapsfråga (om man bortser från ställningstagandet till bevisträskravet). Den omständighet som bevisar att störnivån

⁷⁵ Se Bolding: Bevisbördan s 121 och 126, Ekelöf: Rättegång IV s 7f. Se också Olivecrona: Bevisskyldigheten s 132. Jfr vid not 8, avsnitt 1.2.

⁷⁶ Beträffande gränsdragningen mellan fastställandet av fakta och subsumtion, se kap 10.

⁷⁷ Även om gränsen ifråga i *praktiken* kan vara svårdragen har vi emellertid i samtliga exempel att göra med *rättsbegrepp*, vilka — ur *rättssteoretisk* synpunkt — om möjligt bör konstitueras av konkreta fakta. Jfr Berk s 19 som angående "barnets bästa" säger: "Kindeswohl ist ein unbestimmter Gesetzbegriff, der durch die Praxis mit Sinn und Inhalt gefüllt werden soll."

varit 130 db, är i så fall helt klart ett bevisfaktum för bevis temat att störnivån varit av denna storlek. Kan vi således fixera bevis temat blir det möjligt att skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion och mellan bevis- och rättsfakta.

Nu måste man visserligen inte, vilket jag ovan utgått ifrån, använda sig av ett logiskt-begreppsligt gränsdragningskriterium. Vi kan i och för sig använda oss av tex ett *relativistiskt betraktelsesätt*. Detta innebär att om vittnen, vilka anses trovärdiga och omdömesgilla, säger att en person visat "lätt sinne" och "oförstånd", detta därmed anses bevisat. Vittnena anses i sådant fall representativa för vad "förståndiga personer" skulle anse. Bevisfakta är då vittnesutsagorna, att personen är "lätt sinnig" och "oförståndig", omständigheter vilka här utgör rättsfakta. Enligt ett relativistiskt betraktelsesätt kan vi således skilja mellan bevis- och rättsfaktum, men vi kan däremot inte skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. I exemplet är det ju vittnena som utför subsumtionen under rättsbegreppen "oförstånd" resp "lätt sinne".⁷⁸

Jag har tidigare i framställningen kritiserat det relativistiska betraktelsesättet.⁷⁹ Detta innebär bla en risk för att rättsfrågor betraktas som sakfrågor, med påföljd att principen *iura novit curia* i så fall blir innehållslös, att förhandlingsprincipen sätts åsido, och att rätten blir styrd av en allmän consensus, vilket kan förhindra ändamålsenliga lösningar. Vi kan alltså få betala ett mycket högt pris om vi på detta vis önskar skilja mellan bevis- och rättsfakta.⁸⁰

De processuella reglerna gör emellertid en åtskillnad mellan bevis- och rättsfakta, tex skall rätts- men inte bevisfakta åberopas. Då ett logiskt-begreppsligt kriterium inte kan användas som gränsmarkör, och ett relativistiskt betraktelsesätt avvisas, måste gränsen dras på ett annat sätt. Hur detta skall ske kan jag inte gå närmare in på i detta sammanhang.⁸¹ Det avgörande vad beträffar åberopandet bör emellertid, enligt min mening, vara om det finns skäl vilka motiverar ett åberopande. Finns sådana skäl bör ett åberopande ske, oavsett hur omständigheten sedan klassificeras. I sammanhanget vill jag tillägga, att även om det logiskt-begreppsliga kriteriet anger hur gränsen bör

⁷⁸ Jfr bevisningens inriktning i den äldre rätten, se avsnitt 2.3 och 2.4.

⁷⁹ Se avsnitt 3.5 (angående motivens objektivitetsbegrepp) och avsnitt 5.4.3 och 7.2.

⁸⁰ Detsamma gäller om värderingar på annan grund än den deskriptiva värderativismen anses kunna bevisas vara sanna eller falska. Jfr emellertid avsnitt 11.2.2.

⁸¹ Jfr avsnitt 8.5.3 (slutet).

dras mellan bevis- och rättsfakta, ändamålsöverbägganden rörande åberopsbörda kan göra att en annan gränsdragning framstår som lämpligare.

5.6 Om indelningen i deskriptiva och normativa rekvisit

Distinktionen mellan fakta och värderingar har även betydelse för läran om deskriptiva och normativa rekvisit. Denna uppdelning möter man kanske framför allt i den straffrättsfilosofiska litteraturen. I straffrätten har skillnaden betydelse för bla uppsåtsläran. En översikt över denna lära finns hos Jareborg.⁸²

Det deskriptiva rekvisitet refererar till något i verkligheten, dvs till något som kan iakttas. Eftersom en fast gräns inte går att dra mellan fakta och värderingar är det heller inte möjligt att dra en skarp gräns mellan deskriptiva och normativa rekvisit. Om man till gruppen normativa rekvisit hänför alla rekvisit som inte är rent beskrivande blir denna grupp väldigt stor och den kommer att innehålla rekvisit som sinsemellan är ganska olika.

Man kan t ex skilja mellan *rättsligt-normativa* rekvisit, varmed åsyftas sådana som är definierade i lagtext och vars innebörd man kan förstå endast mot bakgrund av rättsregler, t ex "äktenskap", "styrelseledamot", "tjänsteman"⁸³ och vad man kan kalla *värderekvisit*, som t ex "oskäligt", "stridande mot tro och heder" och "uppenbart missförhållande".⁸⁴ Beträffande dessa sistnämnda rekvisit, så arbetar de med värdebegrepp vilka inte är specifikt juridiska. De förekommer även i dagligt tal, och man behöver inte känna till innehållet i rättsreglerna för att förstå vad som åsyftas.

Vi har sedan sådana rekvisit som anses ligga nära de deskriptiva, och

⁸² Jareborg: Begrepp s 169 ff.

⁸³ Jareborg: Begrepp s 188, Agge: Straffrättens allmänna del s 240. Jfr även Searl s 51, som talar om "institutional facts", varpå han som exempel nämner "äktenskap" dvs ett rättsligt-normativt faktum. Searl säger att de utgör objektiva fakta, men att de i motsats till "brute facts" förutsätter existensen av "certain human institutions". Dessa "institutions" utgörs enligt Searl av system av konstitutiva regler. Searl menar vidare att det inte är möjligt att med hjälp av "brute facts" ge en riktig beskrivning av ett institutionellt faktum. Tydligt kan vi — enligt Searls åsikt — inte restlöst upplösa rättsligt-normativa rekvisit på konkreta fakta.

⁸⁴ Jareborg: Begrepp s 197, Agge: Straffrättens allmänna del s 237. Termen värderekvisit används ibland i detta sammanhang, men är inte specifikt använt av Jareborg eller Agge.

som fö av vissa författare betraktas som deskriptiva. Till denna typ av rekvisit hör sådana som kräver en *kvantitativ* eller *kvalitativ skattning*, tex "ringa mängd" och "ringa värde".⁸⁵ I dessa fall kan man ofta formulera empiriska satser som är uppenbart förenliga eller oförenliga med rekvisitet.⁸⁶ Ifall man tex konstaterat att värdet av något är 1 000 kr, kan det vara uppenbart att detta inte är "ringa". Bevisföremålet är här det faktiska värdet, och inte att det är "ringa", vilken bedömning hör till rättsfrågan. Sedan har vi rekvisit som kräver en kunskapsmässig bedömning som tex "sanning" och "fara". Dessa rekvisit brukar räknas som deskriptiva.⁸⁷

5.6.1 Alla rekvisit är normativa

Som jag inledningsvis nämnde blir gruppen normativa rekvisit väldigt stor om man till den hänför alla rekvisit vilka inte kan betecknas som deskriptiva. Detta är dock inte den väsentligaste invändningen mot indelningen ifråga. Alla rättsbegrepp är nämligen att betrakta som normativa.

När en beskrivande sats lyfts in i en rättssats blir den automatiskt normativ.⁸⁸ Även om ett rättsbegrepp är beskrivande, så kan det ju vid rättstillämpningen ges en normativ *betydelse*. Sålunda kan beskrivande ord som tex "byggnad", "avlämnas", "föra" och "borde inse", av hänsyn till ändamålet med regeln ges en annan betydelse än enligt det allmänna språkbruket.⁸⁹ Ges å andra sidan ett beskrivande begrepp samma betydelse som enligt allmänt språkbruk, kan detta bero på att domstolen *valt* detta därför att även detta befunnits vara ändamålsenligt.

⁸⁵ Jareborg: Begrepp s 97, Agge: Straffrättens allmänna del s232. Se även Andenæs i TfR 1943 s 291.

⁸⁶ Jfr Gustavsson: Språk och lögn s 27. "För en vag ordgestalt kan det finnas en kontext som är sådan, att givet att en förekomst av ordgestalten ingår i den kontexten, det finns en empirisk sats som varken är förenlig eller oförenlig med den satsförekomst som kontexten innehåller."

⁸⁷ Jareborg: Begrepp s 196. Angående deskriptiva och normativa rekvisit, se även Agge i Festskrift till Eberstein: Abstrakt norm och konkret verklighet s 7-35.

⁸⁸ Jfr Agge: Straffrättens allmänna del s241, som dock är mer försiktig i sitt uttalande. Han säger: "måhända är det mest rättvisande att betrakta saken så, att varje faktiskt förhållande av konkret eller abstrakt natur blir rättsligt färgat just genom att det av lagstiftaren görs till rättsfaktum". Esser: s 59 tvekar däremot inte; alla rättsbegrepp är normativa.

⁸⁹ Även om ett rättsbegrepp är synonymt med ett naturligt begrepp kan det alltså ges ett annat *innehåll*. Se härom avsnitt 10.3.2.

Vi kan väl oftast inte på förhand förutsäga huruvida domstolen kommer att använda ett deskriptivt begrepp i sin naturliga betydelse eller i någon annan betydelse. Det är tomt möjligt att ett begrepp ibland används i den ena och ibland i den andra betydelsen, även om det är frågan om samma regel. Klart är i vart fall att nära nog alla, ja kanske rentav alla deskriptiva begrepp har en *potentiell* normativ betydelse.

Det nu anförda medför givetvis inte att ett likhetstecken sätts mellan beskrivande och värderande satser. Mellan sådana föreligger enligt min mening en principiell skillnad, även om gränsen kan vara svårdraggen. När en deskriptiv sats flyttas in i en rättsregel upphör emellertid denna skillnad att existera.

5.7 Bevis- och rättstillämpningsproblem vid två skilda typer av rekvisit.

Alla rekvisit är således att betrakta som normativa. De kan sedan använda eller hänvisa till värderingar, vara beskrivande, förutsätta kännedom om innehållet i andra rättsregler, kräva kvantitativa eller kvalitativa skattningar m.m. En intressant fråga är nu om bevis- och rättstillämpningsproblemen kan antas vara av mindre omfattning vid användningen av vissa typer av rekvisit. Detta problemområde är stort, och det jag i det följande säger tar bara sikte på vissa allmänna aspekter.⁹⁰ Jag har vidare begränsat mig till värderekvisit contra beskrivande rekvisit.

Ställer man ytterligheter mot varandra, såsom det beskrivande rekvisitet "rött" mot värderekvisitet "oskäligt" ser man direkt en skillnad. Rekvisitet "rött" pekar ju direkt ut det relevanta sakförhållandet och förhandenvaron av detta kan man i regel konstatera genom iakttagelse, vilket långt ifrån kan sägas om rekvisitet "oskäligt". Eftersom ord är vaga kan emellertid, som framgått, rättstillämpnings- och bevisproblem uppstå även beträffande de deskriptiva rekvisiten. Var går tex skillnaden mellan rött och orange? Vardagsspråket innehåller inga klara regler som anger detta.

⁹⁰ Förhållandet mellan materiell rätt och bevisrätt berörs fö på skilda ställen i framställningen. Vad gäller lagstiftarens hänsynstaganden till bevismöjligheterna, se avsnitt 1.5.2. Angående möjligheterna att i vissa fall precisera en rättsats så att bevisproblemen blir mindre, se anført avsnitt. Beträffande abstrakt lagstiftningsteknik och fri bevisprövning, se avsnitt 2.5. Frågan om tolkningsmetod och kumulativ sannolikhet berörs i avsnitt 5.8.5. Se slutligen avsnitt 7.6 om rättsnormerad bevisvärdering.

Enligt vägtrafiklagstiftningen skall utskjutande last under vissa omständigheter vara utmärkt med lykta som visar ett rött ljussken. Man kan tänka sig att det i ett visst fall inte är möjligt att avgöra om en lykta visar rött eller orange ljussken. Domaren måste emellertid fatta ett *beslut*: Visar lyktan ett rött ljussken eller inte?⁹¹ I ett sådant balansfall måste domaren söka vägledning någonstans, och det kan väl tänkas att principen hellre fria än fälla får betydelse på ett sådant sätt att domaren vid tvekan beslutar sig för att tro att ljusskenet är rött. Man kan givetvis inte heller utesluta att "rött" tolkas som innebärande ett ljussken som befrämjar trafiksäkerheten. Och i så fall duger kanske orange lika bra som rött. Påpekas bör att domaren i det tveksamma fallet inte bör använda en bevisbörderegeln. Hur noggranna undersökningar av verkligheten som än görs kvarstår tveksamheten. Det är nämligen en *semantisk* fråga om det ljussken som domaren iakttar är rött eller ej.⁹²

Det tillspetsade exemplet visar att rättstillämpnings- och bevisproblemen kan vara betydande även när ett rekvisit är beskrivande och det är säkert inte svårt att hitta exempel på tillämpningen av värderekvisit där både bevis- och rättsfrågorna är enkla. Sådana här jämförelser är emellertid missvisande eftersom det rör sig om *ytterlighetsfall*. Man får nog anta att det generellt förhåller sig på det viset att bevis- och rätts-tillämpningsproblemen är av mindre omfattning när en regel är beskrivande än när den är obestämd och förutsätter utom- och/eller inomrättsliga värderingar. Ser vi på rekvisit som "oskäligt", "obilligt", "stridande mot tro och heder" etc, så är deras tillämpningsområde språkligt sett mycket stort. Rekvisiten ifråga är att likna vid gigantiska trattar genom vilka de mest skiftande sakförhållanden kan passera (språkligt sett).⁹³ Bland dessa sakförhållanden är inte alla rättsligt relevanta, och alla rättsligt relevanta fakta är inte lika relevanta. Rättstillämpningsproblemet består här bl a i att avgöra vilka fakta som är relevanta och viktningen av deras närmare betydelse.

Ett problem med de ifrågavarande värderekvisiten är att *så många fakta* kan vara av relevans, och att det för parterna kan vara svårt att bedöma *vilka fakta* som är av relevans och i behov av bevisning. En risk är att parterna, för att gardera sig, åberopar en hel mängd rättsfakta och inför vidlyftig bevisning, varvid handläggningen blir betungande. Dessa problem kan i viss mån stävjas genom en effektiv materiell

⁹¹ Jfr Engisch: Logische s 104.

⁹² Jfr Andersson & Furberg s 109 ff.

⁹³ Jfr Henke s 140.

processledning,⁹⁴ samt användningen av RB 35:7, vilken ger rätten möjlighet att avvisa onödigt bevisning. Man får emellertid räkna med att även rätten kan känna sig osäker på hur en regel skall tillämpas och att den därför hellre är frikostig med att släppa in bedömningsmaterial än att vara njugg med detta och att den sedan vid överläggning till dom närmare granskar målet och "rensar" det på fakta som befinns sakna relevans.⁹⁵

Ett annat problem är att värderekvisit kan göra det svårt att skilja mellan sak- och rättsfråga. Som tidigare nämnts bör rekvisit, för bevisningens skull, om möjligt reduceras till deskriptiva satser. Detta kan vara svårt när ett rekvisit hänvisar till värderingar. I varje fall kan det vara svårt att lyckas med reduktionen beträffande alla omständigheter av relevans för tillämpningen.⁹⁶ Detta problem dyker som regel inte upp när ett rekvisit hänvisar till ett fixerat "sakbegrepp" som tex "rött". I sådana fall kan man nämligen oftast skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion.⁹⁷

Hos de beskrivande rekvisiten möter vi det omvända problemet. Det kan orsaka rättstillämpningsproblem p g a att de är *trånga*.⁹⁸ Generellt sett torde emellertid både bevis- och rättstillämpningsproblemen vara av mindre omfattning vid tillämpningen av beskrivande rekvisit. Vanligtvis är det väl så att sådana rekvisit tillämpas enligt sin ordalydelse. Part vet därför vad han skall bevisa och han inför därför inte något onödigt material i processen. Skulle det emellertid vara så att en analog användning av regeln aktualiseras ger den beskrivande lagtexten god vägledning. Obestämda rättsregler är hopplösa i detta avseende; de lämnar domaren i sticket. Han har inget material att ta på, och termen analogislut vid användningen av obestämda regler är därför överhuvudtaget inte adekvat.⁹⁹

Ytterligare ett problem ur bevissynpunkt som särskilt värderekvisiten orsakar är att det kan vara svårt att strukturera bevisemat. Strukturen hos bevisemat påverkar möjligheterna att uppnå erforderlig sannolik-

⁹⁴ Enligt min mening bör den materiella processledningen bedrivas särskilt kraftfullt när generalklausuler är under tillämpning.

⁹⁵ Jfr avsnitt 10.2.

⁹⁶ Jfr Engisch s 105 och Henke s 182.

⁹⁷ Se Engisch s 96 och 102 och Larenz s 294 f.

⁹⁸ Strömholm: Allmän rättslära s 72.

⁹⁹ Jfr Agge: Straffrättens allmänna del s 230 som menar att analogifrågan p g a de elastiska rättsreglerna i stort sett förlorat sin självständiga ställning och i stället kommit att bli en fråga om metod för lagtolkning och rättstillämpning överhuvudtaget.

hetsgrad och hänger intimt samman med frågan hur man skall tolka beviskraven. Vi skall i det följande avsnittet titta lite grand på denna problematik.

5.8 Bevistema och sannolikhetsgrad

5.8.1 Inledning

Vid behandlingen av olika metoder för att fastställa fakta framgick, att principerna för sammanräkningen avsåg bevisfakta. I detta avsnitt skall visas hur ett rekvisit kan uppdelas i större eller mindre enheter, och att sannolikhetsvärdet beror på hur bevistemat, i betydelsen det slutgiltiga rättsfaktumet, struktureras. Det sannolikhetsvärde som här avses gäller inte bevisningen, d v s effekten av t ex samverkande *bevis*. Vad som här menas är att bevisningens värde avser något, nämligen i slutändan ett rättsfaktum, och att om detta uppdelas i flera mindre rättsfakta som är *kumulativa* eller *alternativa*, vi kan få göra en sannolikhetsberäkning även med avseende på samverkande *rättsfakta* eller *alternativa* sådana.¹ De som i nordisk doktrin fäst uppmärksamheten på detta problemområde är *Eckhoff och Scheel*.² I övrigt är det, såvitt jag kunnat finna, tämligen sparsamt berört i doktrinen.³

För den närmare förståelsen av problemställningen och det fortsatta resonemanget skall två statistiska räkneregler introduceras, nämligen *multiplikationssatsen* och *additionssatsen*. Den förstnämnda har följande innebörd: Om två händelser kan inträffa, är sannolikheten för att båda skall inträffa lika med sannolikheten för den ena händelsen multiplicerad med den betingade sannolikheten för den andra händelsen. Ifall sålunda sannolikheten för händelsen A är 0,5 och för B också 0,5, och händelserna är *oberoende* av varandra, är sannolikheten för att båda händelserna skall inträffa 0,25.⁴

¹ Observera alltså att detta är något helt annat än vad man ägnar sig åt inom den traditionella bevisrätten. Värdeметоден t ex, tar således inte alls sikte på en sammanräkning av rätts- utan av bevisfakta.

² Eckhoff s 92 ff (Rubriken har jag lånat av honom). Scheel s 16.

³ Problemet nämns av Ekelöf Rättegång IV s 128 not 200. Se också not 15 nedan i avsnitt 5.8.5.

⁴ Se Hoel s 46. Påpekas bör här att enligt ett temametodiskt synsätt, sannolikheten för ett faktum i ett händelseförlopp, vilket pekar på t ex "vårdslöshet", måste vara högre än 0,5. Är sannolikheten för faktumet ifråga lägre, t ex 0,2, är sannolikheten 0,8 för att faktumet *inte* föreligger och då utgör det inget argument för culpa. Se härom Cohen s 59 och Eggleston: Evidence s 37. Se också avsnitt 4.4 och 8.5.3.

Additionssatsen ser ut så här: Sannolikheten för att endera av två händelser skall inträffa är lika med sannolikheten för den ena händelsen plus sannolikheten för den andra händelsen minus sannolikheten för att båda händelserna skall inträffa. Om sålunda sannolikheten för händelsen A är 0,5 och för B också 0,5, är sannolikheten för att endera händelsen A eller B skall inträffa 0,75. Även dessa händelser förutsätts vara oberoende av varandra.⁵

Dessa statistiska räkneregler är ganska lätta att förstå rent intuitivt. När man tex talar om ett olyckligt sammanträffande av en mängd omständigheter orsakat en olycka, menar man att även om sannolikheten för varje moment som ledde fram till olyckan kanske inte var så liten, så var det ändå högst osannolikt att samtliga dessa omständigheter skulle inträffa samtidigt. Tvivlen kumuleras alltså i en lång kedja. För att exemplifiera den andra satsen kan vi tänka oss att en person är tilltalad för fyra brott, men att bevisningen, trots att den är stark för varje brott, inte riktigt når upp till beviskravet. Spontant tänker man nog i ett sådant fall, att det vore bra konstigt om den tilltalade inte vore skyldig till åtminstone något av brotten.

5.8.2 Sannolikhetsberäkning vid ett rekvisit

Ett konkret exempel får visa hur sannolikhetsberäkningen skulle kunna fungera i praktiken. Jag utgår för enkelhetens skull här och i det följande ifrån att händelserna är oberoende av varandra.

I ett skadeståndsmål görs gällande att en bilist kört vårdslöst därför att han a) överskridit tillåten hastighet, b) kört för nära vägrenen samt c) endast haft halvljuset på. De angivna omständigheterna är konkreta rättsfakta av betydelse för culpabedömningen. Antag vidare att sannolikheten för faktum a) är 0,6, för faktum b) 0,7 och för faktum c) 0,8. Om nu rätten menar att samtliga dessa omständigheter måste ha förelegat för att bilisten skall anses ha varit vårdslös i sin framfart, blir sannolikheten härför enligt multiplikationssatsen ca 0,33, vilken sannolikhetsgrad knappast kan anses vara tillräcklig.⁶

Skulle rätten å andra sidan anse att omständigheterna är alternativa, och att det alltså är tillräckligt att någon av dem föreligger, blir sannolikheten härför enligt additionssatsen nästan 1, vilket är en tillräcklig bevisstyrka.

⁵ Se Hoel s 43. Påpekas kan att satserna ifråga används också av värde- resp temametoden.

⁶ Hos Scheel s 16 finns ett liknande exempel.

Kumulation av fakta torde vara vanligt förekommande. Domstolen måste ju i regel precisera en rättssats och denna precisering tar sig ofta det uttrycket att det sägs att eftersom $a + b + c$ så ... Det är alltså rimligt att förvänta sig att domstolen i det anförda exemplet i sina domskäl skulle kunna skriva, att eftersom A hållit för hög hastighet, kört för nära vägrenen, samt endast haft halvljuset på, han varit vårdslös. Men det verkar då också rimligt att fordra att sannolikheten för att samtliga dessa händelser inträffat motsvarar beviskravet ”styrkt”. Detta beviskrav är svårt att närmare bestämma, men det är i vart fall betydligt högre än 0,33. Med denna utgångspunkt räcker det alltså inte med att varje konkret rättsfaktum styrkts, eftersom kumulationseffekten medför att osäkerheten ökar ju fler moment som ingår i bedömningen, om inte varje moment är fullkomligt säkert. Å andra sidan medför detta att det kan räcka med att ett faktum gjorts ”antagligt”, såvida ett annat gjorts ”uppenbart”. Av det nu anförda kan vi bli dra den slutsatsen att påståendet att rättsfaktum normalt skall styrkas inte kan avse de konkreta rättsfakta som aktiverar ett rekvisit.⁷

Antag nu i stället att rätten menar att rättsfakta a-c är alternativa, och att sannolikheten för varje händelse bedöms vara bara 0,501. Sannolikheten för varje händelse för sig anses emellertid för låg för en fällande dom. Frågan som nu inställer sig är om rätten bör få säga att sannolikheten för att endera av händelserna inträffat är nära 1, och döma bilisten.

Eckhoff menar i anslutning till § 31 AvtL, att det saknar betydelse på vilken grund — trångsmål, lättsinne, oförstånd eller beroende ställning — som en rättshandling förklaras vara ogiltig. Bevistemat bör därför enligt Eckhoff vara: Föreligger något av de alternativ som anges i lagen?⁸ På motsvarande sätt skulle man kunna resonera beträffande culpaexemplet. Jag ställer mig emellertid skeptisk till ett sådant resonemang. Man bör kunna förutse och planera sin processföring mot den utgångspunkten att rätten gör en bestämd precisering av rättssatsen. I annat fall försvåras bevisföringen, och ett stort antal fakta kommer för säkert att åberopas i hopp om att rätten skall alternera dem. Dessutom kommer det inte att fordras särskilt mycket bevisning för varje faktum, om ett flertal fakta ställs upp som alternativ bredvid varandra, vilket i sin tur medför att något egentligt beviskrav inte kan uppställas för ett rekvisit. Härigenom kommer inte beviskravet att avhålla från proces-

⁷ Om rättsföljden knyts endast till *ett* konkret faktum, gäller beviskravet naturligtvis detta.

⁸ Eckhoff s 100.

sande, vilket får anses vara en nackdel. Härtill kommer att olika bevisbörderegler kan göra sig gällande för olika rättsfakta. Sätts nu bevis temat under en hatt kan tydligen bevisbördan inte fördelas, vilket är olämpligt.⁹ Ur rättssäkerhetssynpunkt är det också en nackdel om rätten tämligen godtyckligt kan alternera omständigheter, vilket vore fallet särskilt när generalklausuler är under tillämpning. Vidare torde rättskraftsproblem kunna uppkomma då man i så fall inte vet vilken av de alternativa omständigheterna domen grundas på. Väcks ny talan i samma sak, och samma omständighet som tidigare åberopas, kan part säga att det inte framgår av domen att just denna omständighet ligger till grund för densamma.¹⁰

En annan synpunkt är denna. Av omröstningsregeln i RB 16:2 framgår att är beträffande samma käromål fråga om flera omständigheter, som var för sig är av omedelbar betydelse för utgången, de kan uppställas till särskild omröstning. Ser vi nu till § 31 AvtL finner vi att det räcker med att något av rekvisiten är för handen för att avtalet skall vara ogiltigt. Vart och ett av rekvisiten bör därför kunna uppställas till särskild omröstning. Poängen med detta resonemang är givetvis att det är olämpligt om utgången skall bero på, dvs om bevis temat skall struktureras beroende på om särskild omröstning företas eller ej, eller om mellandom meddelas eller ej.¹¹ Kan ett rekvisit bli till föremål för särskild omröstning (och mellandom) bör inte detta rekvisit, jämte andra som i lagen gjorts alternativa med detta, få ställas upp under ett och samma bevis tema. Därmed har jag dock inte gjort anspråk på att ha löst frågan om bevis temats strukturering, utan endast gjort gällande att denna strukturering bör vara synkroniserad med omröstning temat.

⁹ Jfr Ekelöf: Rättgång IV s 98 not 73.

¹⁰ Så kan visserligen också vara fallet vid användningen av presumtioner. Förekommer ingen motbevisning slås det presumerade faktumet — vilket kan vara komplext — fast utan att någon upplösning sker på konstituerande fakta. Samma sak gäller när dom meddelas på formell grund. I dessa fall har emellertid motparten som regel inte alls svarat i målet.

¹¹ Så också Scheel s 17. A m Eckhoff s 104. I brottmål får rekvisit och motfakta inte uppställas till särskild omröstning. Detta är naturligtvis inte ett argument för att rätten här vid sannolikhetsberäkningen bör avgränsa fakta från varandra på ett annat sätt. Vad gäller alternation av omständigheter talar ju här än starkare skäl för att en sådan inte bör få förekomma. Det blir ju i så fall alldeles för lätt att åstadkomma fällande domar. Vad gäller kumulation anser jag att samma principer borde iaktas som i civilmål. Resonemanget i texten utgår således från att brott- och civilmål bör behandlas på samma sätt i aktuellt hänseende. Jfr avsnitt 12.2.

5.8.3 Sannolikhetsberäkning vid flera rekvisit

Ovan har jag i huvudsak diskuterat situationen när *ett* rekvisit sönderdelas i alternativa eller kumulativa förutsättningar. En rättsregel innehåller emellertid i regel *flera* rekvisit, som kan vara alternativa eller kumulativa. Den kan också innehålla en kombination av alternativa och kumulativa rekvisit. Exempel på en rättsregel med flera alternativa rekvisit är 47 § KöpL .

A) Har köparen före köpet undersökt godset B) *eller* utan giltig anledning undandragit sig att efterkomma anmaning därom, C) *eller* har han satts i tillfälle att före köpet undersöka prov å godset, må fel, som han vid undersökningen bort märka, ej av honom åberopas, med mindre säljaren svikligen förfarit.

Rekvisiten A, B och C kan sedan preciseras mot konkreta rättsfakta som kan vara alternativa eller kumulativa:

A	B	C
a1,a2,a3	b1,b2,b3	c1,c2,c3

Beträffande de konkreta rättsfakta som rekvisiten preciserats mot, bör dessa inte, av skäl som tidigare nämnts, få alterneras. Bevisemat bör *mao* inte få vara: föreligger endera a1, a2 eller a3? En av förutsättningarna bör alltså bevisas med erforderlig styrka. Är förutsättningarna kumulativa, bör sannolikheten kumuleras, och den samlade sannolikheten för förutsättningarna motsvara beviskravet. Detta kan, som framgått, bli fallet även om ett enskilt faktum bara gjorts "antagligt". Beträffande rekvisiten bör dessa behandlas självständigt och i turordning. Är bevisstyrkan för rekvisitet A bara "antagligt" är detta rekvisit i så fall "ur leken".

Låt oss nu i stället anta att vi har en regel med tre kumulativa rekvisit; A, B och C. Kumulativa rekvisit kan preciseras i riktning mot alternativa eller kumulativa konkreta rättsfakta. Ställs flera konkreta rättsfakta upp som alternativ bredvid varandra bör åtminstone ett nå upp till beviskravet. Är de kumulativa bör den samlade sannolikheten motsvara beviskravet. När det sedan gäller den samlade sannolikheten för existensen av samtliga rekvisit, bör denna kumuleras. När lagen ställer upp rekvisit som kumulativa, måste rimligtvis meningen vara, att sannolikheten skall avse existensen av samtliga rekvisit. (Se dock nedan avsnitt 5.8.5.)

Beträffande skälen till den åsikt om bevisemats strukturering som nu anförts kan jag väsentligen hänvisa till vad som tidigare anförts.

Ytterligare ett argument skall emellertid tilläggas. Det är en lagteknisk fråga om lagstiftaren väljer att sammanföra omständigheter till en generell regel eller i stället föredrar att spjälka upp dessa på olika särskilda regler.¹² Och när domstolen tar ställning till olika grunder, följer den de regler som åberopas och behandlar dessa i turordning. Åberopas till exempel fel i vara i första hand, och i andra hand svek, resonerar inte domstolen som så att hur sannolikt är det att endera fel i vara eller svek föreligger. Varje grund behandlas i stället för sig. Lagstiftaren kan nu, som sagt, ha valt att formulera en generell regel i stället för flera stycken särskilda regler. Med Eckhoffs *utgångspunkt kommer därför lagstiftningstekniken att få betydelse för bevismöjligheterna*. Hade nämligen tex regeln i § 31 AvtL i stället bestått av fyra särskilda regler, skulle rätten komma att ta ställning till dessa regler var för sig, och inte ställa upp bevis temat under en hatt. Enligt mitt sätt att se på saken bör bevismöjligheterna vara oberoende av lagstiftningstekniken så långt som möjligt. Det ovan skisserade betraktelsesättet är neutralt i detta avseende.

I den historiska översikten gjorde jag gällande att den fria bevisprövningen hade samband med att en uppdelning av temat — bla som en följd av förändrad lagstiftningsteknik — fick göras. Den utredning som ovan gjorts visar enligt mitt förmenande, att påståendet att rättsfaktum skall styrkas och att detta beviskrav är konstant för ett rättsfaktum härrör från ett äldre betraktelsesätt där temat var odelbart. Abstrakta rekvisit fordrar ju en precisering, varvid en mängd konkreta fakta kan behöva bevisas. Jag har avvisat tanken på att konkreta rättsfakta får göras alternativa i en sannolikhetsberäkning, men menat att det i regel är så att en rättsregel preciseras mot ett flertal fakta som är kumulativa. Det är nu min uppfattning att varje faktum som en regel preciseras mot inte måste styrkas, utan att termen styrkt är en beteckning för den samlade sannolikheten för samtliga kumulativa fakta eller rekvisit. Jag menar vidare att bevisstyrkan hos de olika enskilda fakta som faller under *samlingsbeteckningen* ”styrkt” kan variera ganska avsevärt. Det måste vidare ankomma på rättstillämpningen att närmare avgränsa och begränsa det antal fakta som ingår i konstitueringen av rekvisiten. Det kan vidare inte vara frågan om annat än att de *väsentligaste* fakta tillmäts relevans. Inte varje detalj i ett händelseförlopp kan avskiljas och ges ett särskilt värde.

Genom att rätten på detta sätt genom rättstillämpningen kommer

¹² Jfr Eckhoff s 100.

att bestämma bevisstemats omfattning vid kumulation har termen styrkt och övriga beviskrav visserligen fortfarande ett empiriskt innehåll, men då själva avgränsningen av temat är en rättstillämpningsfråga, föregås sannolikhetsbedömningen av en rättslig värdering, som blir helt avgörande för bedömandet av frågan om erforderlig sannolikhetsgrad uppnåtts.¹³

5.8.4 Sannolikhetsberäkning vid flera rättsregler

Antag att en gäldenär bestrider betalningsskyldighet därför att a) fordringen är betald, b) fordringen är preskriberad. Vi kan här i och för sig sägas ha att göra med den generella frågan om *betalningsskyldighet* föreligger eller ej. De bevis som gäldenären åberopar för betalning resp preskription kan då betraktas som bevis för det generella temat att betalningsskyldighet inte föreligger.

Vi har emellertid att göra med två rättssatser. Den ena säger att man inte skall behöva betala två gånger, den andra att en preskriberad fordring inte kan göras gällande. Vi kan därför urskilja två specificerade temata som är kopplade till resp rättssats. Frågan om gäldenären betalt den ifrågavarande fordringen är förbunden med den första rättssatsen, medan frågan om gäldenären vidtagit preskriptionsavbrott är knuten till den andra rättssatsen. Tydligt är också att de bevis som talar för resp tema rimligtvis är fristående från varandra, d v s de bevis som talar för preskription saknar betydelse för frågan om betalning erlagts eller ej och omvänt. Vad däremot beträffar det generella temat — betalningsskyldighet eller ej — så samverkar bevisen eftersom betalningsskyldighet definitionsmässigt är utesluten både vid betalning och preskription.

Enligt lagen skall emellertid varje grund behandlas för sig. Det framgår bl a av att preskription inte betraktas som ett bevis utan som ett rättsfaktum vilket skall åberopas. Ett annat betraktelsesätt skulle också leda till de olägenheter som tidigare berörts. På motsvarande sätt bör i brottmål, om t ex misshandel styrkts, men sannolikheten för nödvärn är t ex 0,3, bevis temat inte vara: föreligger brott eller inte. I så fall kommer den tilltalade undan alldeles för lätt. Varje regel bör alltså behandlas för sig.¹⁴

¹³ Jfr Eckhoff s 97.

¹⁴ Märk att jag ovan inte diskuterat fall där det föreligger rättslig tvekan, t ex kan det vara klart att det antingen rör sig om stöld eller häleri, men det är ovisst vilket av lagrummen som bör tillämpas. Här bör väl det lindrigaste alternativet väljas, se härom Scheel: Straffedommer på alternativt grundlag i TFR 1943 s 1 ff.

5.8.5 Kumulation och bevisbörderegler — avslutande reflektioner

Tar vi — vilket hittills inte gjorts i framställningen — hänsyn till bevisbörderegler, kan situationen förändras något. Visserligen föregås användningen av bevisbörderegler av sannolikhetsbedömningen på rättsfaktumsidan, men vi kan ju tänka oss att bevisbördan fördelas *inom ramen för samma rekvisit*. Låt oss anta följande: Ett rekvisit preciseras mot tre konkreta rättsfakta (C, D och E) och samtliga måste föreligga för att rättsföljden skall inträda. Vi antar vidare att bevisbördan läggs på A, som måste styrka samtliga förutsättningar i rekvisitet. Om nu sannolikheten för varje moment uppskattas till 0,8, blir den samlade sannolikheten cirka 50 %. Riktas nu ett beviskrav mot A vad gäller den samlade sannolikheten, förlorar han målet, såvida inte överviktsprincipen används.

Låt oss nu i stället anta, att bevisbördan för faktum icke-C läggs på motparten. Om motparten inte styrker att C inte föreligger, utgår domstolen från att detta faktum föreligger. Förmodligen utgår man i detta läge från att faktum C med *fullständig säkerhet* föreligger; bevisbördereglerna fingerar ju existensen av fakta. A kommer i detta fall att vinna målet såvida vi antar att beviskravet för den samlade sannolikheten inte ligger högre än 0,64. Styrker å andra sidan motparten icke-C kommer A att förlora målet. Något som här framstår som underligt är emellertid att A skulle förlora målet även om bevisbördan för C legat på honom och han bevisat C med en styrka av t ex 0,8. Kumulationseffekten medför ju att den samlade sannolikheten likväl bara är 50 %. Ja, det kan tänkas att han förlorar målet även om sannolikheten för C bedöms vara 0,9. Den samlade sannolikheten blir trots detta ändå ”bara” 58,6 %.

Har vi en rättssats som består av flera kumulativa rekvisit, vilka preciseras mot kumulativa konkreta rättsfakta, blir det ofta en hart när omöjlig uppgift för part att fullgöra sin bevisskyldighet. I sådana fall kan de menliga verkningarna av kumulationseffekten mildras genom att bevisbördan fördelas mellan parterna inom ramen för samma abstrakta rättsfaktum. Kumulationseffekten kan då i vissa fall halveras och den kommer då inte att slå så hårt.

Det problem som vi här möter, visar enligt mitt förmenande, att rätten, när den preciserar en rättssats, inte bara har att ta hänsyn till hur den ur *materiell synpunkt* bör se ut. Den måste också ta hänsyn till sannolikhetsaspekten, erkännerligen kumulationseffekten, och om möjligt undvika att precisera en rättssats i riktning mot ett stort antal kumulativa konkreta rättsfakta. Är fakta ostridiga mellan parterna,

eller är flertalet fakta ostridiga, kan visserligen faktakedjan göras lång, men är fakta stridiga är det väsentligt att — genom en sparsam tolkningsmetod — försöka nedbringa antalet relevanta fakta till ett minimum.

Problemet som här behandlas kanske verkar vara exklusivt och sakna praktisk förankring, p g a att det i regel endast är ett, eller ett fåtal fakta, som är stridiga mellan parterna. Det alltmer tilltagande bruket av generalklausuler ställer emellertid problemet på sin spets. Deras obestämthet gör nämligen, som tidigare påpekats, att ett stort antal fakta släpps in i den rättsliga bedömningen,¹⁵ och generalklausuler befordrar därför kumulationseffekten.

Hur de nu angivna problemen löses i praxis saknar jag kunskap om¹⁶. Vad angår frågan hur de *bör* lösas vågar jag inte ge någon bestämd rekommendation, utan endast peka på olika alternativ. Ett sätt är, som framgått, att laborera med bevisbördefördelningar inom ramen för samma abstrakta rättsfaktum. En annan möjlighet är att sänka beviskravet och kanske kräva bara sannolikhetsövertikt. Ytterligare ett alternativ är att vara försiktig med bevistemats precisering, d v s man delar inte upp bevistemat på ett stort antal fakta annat än när det m h t deras självständighet framstår som oundgängligen nödvändigt. Vi får då generella bevistemata vilka s a s konsumerar fakta vilka eljest skulle ha stått som självständiga bevistemata. En nackdel med detta är att bevistemat blir något vagt och oprecist, och jag har själv tidigare i framställningen framhållit vikten av att bevistemat preciseras. Att bevistemat preciseras är naturligtvis angeläget ur en mängd synpunk-

¹⁵ Se avsnitt 5.7. Cohen tar upp den nu nämnda svårigheten med kumulation. Enligt Cohen är emellertid detta ett problem som endast behåftar den matematiska sannolikheten (temametoden). Använder man sig däremot av "Baconian probability" (induktiv sannolikhets) och sannolikheten för A är 0,9, för B 0,8 och för C 0,7, blir den sammanlagda sannolikheten inte lägre än sannolikheten för C, d v s 0,7, se Cohen: Probable s 58 ff, 168 och 221. Jag har emellertid svårt att följa Cohens resonemang. Om vi — vilket Cohen gör — förutsätter att vi har att göra med oberoende händelser, är det svårt att se varför sannolikheten inte bör kumuleras. Nämnas bör också, att varken Ekelöf eller Stening delar Cohens uppfattning, fastän värdemetoden i övrigt företer stora likheter med "Baconian probability" (om denna likhet se avsnitt 9.4.5). Detta framgår av deras behandling av bl a kedjebevisning.

¹⁶ Jfr Bylund: Bevisbörda och bevistema, som försökt att analysera hur parternas bevistemata vid föreningsrättskränkning är beskaffade, men därvid fått konstatera att AD:s terminologi är alltför vag för att något bestämt skall kunna sägas härom (s 69). Bylund diskuterar sedan frågan hur parternas bevistemata *bör* vara beskaffade (s 139 ff), men går därvid inte in på sådana strukturfrågor som behandlas här.

ter, men jag inser att man i fall som de förevarande kan bli tvungen att släppa på kravet ifråga. Det måste nämligen anses vara bättre att låta bevistemat vara något obestämt än att tillåta kumulationseffekten förhindra en ändamålsenlig användning av rättsreglerna. Dessutom finns den nämnda möjligheten att genom en sparsam tolkningsmetod minimera antalet fakta i den preciserade rättssatsen. I nära samband härmed står möjligheten att genom reduktionsslut förkorta rättssatsen. Samtliga dessa metoder kan naturligtvis kombineras. Såvitt gäller kombinationen överviktsprincip och bevisbördefördelning, vilken till förstörne verkar motsägelsefull, kan vi tänka oss att ett beviskrav gäller för enskilda fakta, men att sannolikhetsövertikt räcker såvitt gäller den samlade sannolikheten. Slutligen skall nämnas att det finns ytterligare ett sätt att komma tillrätta med de menliga verkningarna av kumulationseffekten och detta är att anse att värderingar kan bevisas vara sanna eller falska. I så fall blir det naturligt att betrakta fakta i ett händelseförlopp som bevisfakta för "vårdslöshet", "oskäligt" etc och fakta måste då inte kumuleras i en sannolikhetsberäkning. Jag får anledning att återkomma till detta i avsnitt 11.2.2.

5.9 Sammanfattning

Bevistemat skall uttrycka ett påstående, det skall m.a.o kunna vara antingen sant eller falskt. Som en följd härav bör rekvisit, vilka uttrycker värderingar eller eljest är vaga, reduceras i riktning mot beskrivande satser. Värderingar anses ju i allmänhet inte kunna vara sanna eller falska och vaga uttryck, vilka inte direkt kan påstås uttrycka värderingar, kan vara för obestämda för att ingå i en bevisrelation. På motsvarande sätt bör utsagor av vittnen och andra vilka uppträder i rättegång reduceras i riktning mot fakta, i den mån de är relevanta för saken.

De bevisrättsliga resonemang som vi möter i doktrinen, där utsagor ställs i relation till utsagor, och bevisvärdet uttrycks med exakta siffror, har sin grund i verifikationsprincipens strävan att åstadkomma exakthet. Det språk som används i rättsliga sammanhang har emellertid inte det vetenskapliga språkets stringens. Den reduktion som är önskvärd kan vi därmed i många fall fall inte åstadkomma, varför det i sådana fall blir missvisande att fixera bevisvärdet med siffror.

Vi kan alltså i många fall inte reducera utsagor av tex vittnen till beskrivande satser. Verkligheten är komplicerad och sammansatt, och de ord vi använder uttrycker ofta sammanfattningar av komplexa situa-

tioner, egenskaper, tillstånd och händelser, vilka inte låter sig restlöst upplösas genom verbalkemiska manipulationer. Försöker vi att definiera av text vittnen använda begrepp som "aggressiv", "vänlig", "lättsinnig" etc, mot vissa bestämda fakta blir beviset ifråga normerat. Det kan visserligen fortfarande värderas fritt efter den normativa konstitueringen, men den normativa konstitueringen kan också innebära att en utsaga lämnas utan avseende. Den normativa konstitueringen påverkar alltså i själva verket bevisföringen. En skillnad mot vanliga bevisföringsregler är emellertid att beviset lämnas utan avseende *sedan* det införts i målet. Väljer domstolen att inte göra en bestämd normativ konstituering, utan endast kontrollerar ett värdeomdöme mot vissa väsentliga fakta, får man väl anta att värdeomdömet i övrigt *presumeras* ha den täckning som det "normalt" har i det allmänna språkbruket. I sådana fall tillför värdebegreppet mer information än vad det gör om det konstitueras på ett normativt bestämt sätt.

I stället för att försöka definiera värdebegrepp kan rätten vid bevisvärderingen underlåta detta, och i stället utgå ifrån att begreppet används enligt någon slags allmän consensus. Detta kallas relativism.

Skulle det vara så att rätten trots ansträngningar inte kan precisera en bevisrättsligt relevant utsaga, men den likväl inte anses vara så vag att den bör lämnas utan avseende, uppkommer ett tolkningsproblem. Rätten bör i sådana fall kunna söka stöd i den tolkningsprincip som gäller för den ifrågavarande materiella regeln. Vad gäller text brottmål bör således en vag utsaga som är till nackdel för tilltalad tolkas snävt. Jag har i detta sammanhang sagt att det beträffande vaga utsagor (inkl värderande utsagor) kan vara svårt att avgöra om de är sanna eller falska, och att man, ifall man kräver att utsagor otvetydigt skall konstateras kunna vara sanna eller falska, får lämna många informationsbärande utsagor utan avseende. En sådan rigorös tillämpning av sanningsprincipen synes emellertid inte stå i överensstämmelse med RB 35:1, och den är heller inte ändamålsenlig med tanke på att det språk som används i rättsliga sammanhang ofta är vagt och mångtydigt.

Lyckas man inte att reducera bevisemat till beskrivande satser flyter sak- och rättsfråga ihop. Är ett ord vagt och det kan preciseras i etapper blir gränsen mellan sak- och rättsfråga beroende på vilken nivå man stannar på. Det går alltså inte att dra en bestämd gräns mellan sak- och rättsfråga.

Kan man överhuvudtaget inte dra någon gräns mellan fastställandet av fakta och subsumtion återverkar detta på klassificeringen i bevis- och rättsfakta. Vi får därmed problem bla när vi skall tillämpa regler-

na om åberopandet. Det syns här vara lämpligast att titta på de skäl som bär upp åberopsbördan, för att sedan avgöra om en omständighet skall åberopas eller ej. Det förhållandet att det inte går att skilja mellan sak- och rättsfråga innebär också att det inte går att göra en direkt jämförelse med det tillämpliga beviskravet. Allt blir vagt och flytande.

Jag har också berört indelningen i normativa och deskriptiva rekvisit, och sagt att alla rekvisit är normativa. Detta är en uppfattning som väl numera delas av flertalet rättsvetenskapsmän. I detta sammanhang har jag även sagt att bevis- och rättstillämpningsproblemen kan antas vara av mindre omfattning — generellt sett — när rekvisit är beskrivande än när de hänvisar till eller uttrycker värderingar.

I kapitlets avslutande avsnitt har jag diskuterat bevistema och sannolikhetsgrad. Jag har där konstaterat att det kan bli nödvändigt att göra sannolikhetsberäkningar även på rättsfaktumsidan. Vidare har sagts att ett rekvisit inte bör få preciseras mot alternativa konkreta rättsfakta i en sannolikhetsberäkning, men att rättsfakta normalt torde kumuleras. Innehåller en regel flera rekvisit som är alternativa har sagts att de bör behandlas självständigt och i lämplig turordning. Innehåller en regel flera kumulativa rekvisit bör sannolikheten för varje rekvisit kumuleras i en sannolikhetsberäkning. Har vi att göra med flera rättsregler bör — har det hävdats — dessa behandlats självständigt. Jag har i detta sammanhang också sagt att de menliga verkningarna av kumulations-effekten kan mildras genom att en rättssats inte preciseras mot så många fakta, genom att bevistemat görs mer omfattande, genom en sänkning av beviskraven eller användning av överviktsprincipen, samt genom att anse att värderingar kan bevisas vara sanna eller falska.

6 Erfarenhetssatserna

6.1 Inledning

I kap 4 behandlades olika sannolikhetsbegrepp, varvid erfarenhetssatserna i stort sett lämnades utanför framställningen. Erfarenhetssatser har alltid mycket stor betydelse vid bevisvärderingen, oavsett hur de inlemmas i ett visst sannolikhetsbegrepp. De kan också, som vi kommer att se, ha betydelse vid rättstillämpningen. I det följande kapitlet skall vi granska erfarenhetssatserna närmare, bl a deras grund, uppbyggnad och användning.

6.2 Erfarenhetssatsernas grund och deras förhållande till fakta.

På vilken grund kan man säga att det är sannolikt att faktum B inträffat, om vi vet att faktum A föreligger? Slutsatsen grundar sig på *induktion*.¹ Man har iakttagit att A och B brukar följas åt.

Den induktiva slutledningen har alltså tillgängliga iakttagelser av fakta som premisser, och slutledningen innebär att man gör en *generalisering*, konstaterar en lagbundenhet.² Denna generalisering kommer till uttryck i en erfarenhetssats. I den följande framställningen används emellertid termerna "generalisering" och "erfarenhetssats" synonymt med varandra.

Den induktiva slutledningen brukar, till skillnad från den deduktiva, inte anses vara mer än sannolik.³ Induktionen innebär att man från iakttagelse av enskilda fall sluter till en allmän regel, medan deduktio-

¹ Ekelöf: Rättegång IV s 10, Stening: Bevisvärde s 37. Se även Stein s 29. Hänvisningen till induktionen är legio i bevisrättsliga resonemang. Induktionsslutet är emellertid omstritt. Det berättigade i ett sådant slut finns det dock inte någon anledning att gå in på i denna framställning.

² Stening: Bevisvärde s 37.

³ Russell: Den mänskliga kunskapen s 329, Ekman s 80.

nen omvänt innebär att man från en allmän regel drar en slutsats beträffande ett enskilt fall.⁴ Den slutledning som sker vid bevisvärdering är således deduktiv, men översatsen i denna slutledning grundar sig på induktion.⁵

Erfarenhetssatserna är till skillnad från fakta av *abstrakt* karaktär. Vad gäller erfarenhetssatsernas förhållande till fakta säger Stein bl a följande:

”Sie müssen inhaltlich zu den Aussagen über die Thatsachen des concreten Falles im Gegensatze stehen, denn sie sollen ja im richterlichen Urtheile als Obersätze für diese Thatsachen dienen, und logisch führt von einer Thatsache zu anderen immer nur die Brücke des allgemeinen Satzes, ebenso wie umgekehrt zur Feststellung einer Thatsache durch Schlussfolgerungen nicht nur allgemeine, sondern auch concrete Einzel-Urtheile gegeben sein müssen. Sie sind also *niemals Wahrnehmungsurtheile*: es entspricht ihnen kein concretes sinnlich wahrnehmbares Ereigniss. Sie können also auch nie durch blosser Mittheilung von Wahrnehmungen bewiesen werden.”⁶

Erfarenhetssatserna är således av abstrakt karaktär, och de kan inte observeras. De uppkommer emellertid genom iakttagelse av enskilda fall. Den genom induktion vunna erfarenhetssatsen är emellertid inte begränsad till de iakttagna fallen, utan säger något om alla de fall som erfarenhetssatsen avser. Kallenberg har uttryckt detta och skillnaden mellan fakta och erfarenhetssatser på så sätt, att ett uttalande att något inträffat i tusen olika fall är en utsaga om tusen konkreta fakta, medan ett uttalande att under angivna förutsättningar en på visst sätt beskaffad tilldragelse sannolikt eller med säkerhet kommer att inträffa, är en erfarenhetssats.⁷ Av Steins uttalande framgår vidare att fakta i processen *subsumeras* under erfarenhetssatser,⁸ och att bevisvärdering inte vore möjlig utan erfarenhetssatser.

⁴ Strömberg s 166.

⁵ Stening: Bevisvärde s 37.

⁶ Stein s 18 (Steins kurs). Som vi ser skiljer Stein mycket kategoriskt mellan fakta och erfarenhetssatser. Denna gränsdragning är dock inte självklar. Vissa rättsvetenskapsmän betraktar nämligen erfarenhetssatserna som ”geistiger Realitäten”, varvid de får karaktären av fakta. Så gör t ex Sauer: Allgemeine Prozessrechtslehre s 183. Se härom också Engisch: Logische s 43 ff.

⁷ Kallenberg II s 555 not 4. Se också Döhring s 340.

⁸ Så också Kallenberg II s 556. Se även avsnitt 7.4.1.

6.3 Erfarenhetssatserna och den subsumtiva förklaringsmodellen

Den hypotes som binder samman A och B kallas, som framgått — åtminstone i juridiska sammanhang — ofta för erfarenhetssats.⁹ Användningen av denna term syftar enligt Ekelöf inte till att markera, att det skulle råda någon skillnad i art mellan de grunder som bevisvärderingen vilar på och de empiriska lagar som används i naturvetenskapliga förklaringar.¹⁰ Man kan emellertid rikta vissa invändningar mot att generellt jämställa dessa förklaringar, d v s likställa en förklaring om varför något i process är sannolikt med en naturvetenskaplig förklaring av en händelse. För att kort redogöra för dessa invändningar skall jag i det följande beskriva den vedertagna vetenskapliga förklaringsmodellen, och sedan säga några ord om var jämförelsen ifråga kan synas vara haltande.

I en vetenskaplig förklaring söker man att subsumera en händelse under en generell lag, och på detta vis *förklara* eller *förutsäga* den. Denna förklaringsmodell, ibland kallad *subsumtionsmodellen*,¹¹ har av Popper beskrivits på följande sätt:

”We have thus two different kinds of statement, both of which are necessary ingredients of a complete causal explanation. They are (1) *universal statements*, i.e. hypotheses of the character of natural laws, and (2) *singular statements*, which apply to the specific event in question and which I shall call ‘initial conditions’. It is from universal statements in conjunction with initial conditions that we *deduce* the

⁹ Somliga skiljer mellan erfarenhetssatser och naturlagar och hänför inte de senare under de förra, så t ex Rödig s 244 och Bruns s 276. Andra däremot, som t ex Stein s 16 och Musielak s 95 hänför naturlagar under begreppet erfarenhetssats. När man skiljer mellan naturlagar och erfarenhetssatser beror detta på att naturlagarna betraktas som evidenta. De grundar sig emellertid på erfarenheten och i denna framställning hänförs de under begreppet erfarenhetssats. Vad beträffar frekvenssatser så utgör de erfarenhetssatser, men liksom Ekelöf (Rättegång IV s 11 not 11) anser jag att termen ifråga bör reserveras för fall där vi har tillgång till en statistisk fördelning. Stening däremot (Bevisvärde s 40) använder termerna erfarenhetssats och frekvenssats synonymt med varandra.

¹⁰ Se Ekelöf: En essay om mening och tolkning s 29: ”Vidare jämställer jag de /.../ så betydelsefulla erfarenhetssatserna med naturlagar... Enligt min mening är skillnaden mellan naturvetenskaplig och humanistisk metodik graduell”.

¹¹ Se Regnell: Att beskriva och förklara s 127. Regnell själv benämner (s 111) lagarna ”stereotypa mönster”. En annan vanlig benämning är ”the covering-law theory”. Ytterligare en beteckning är ”den deduktivt-nomologiska förklaringsmodellen”. Se härom Herberger/Simon: Wissenschaftstheorie für Juristen s 354 och von Wright: Explanation s 11.

singular statement, 'This thread will break'. We call this statement a specific or singular *prediction* — ...The initial conditions describe what is usually called the 'cause' of the event in question — ... And the prediction describes what is usually called the 'effect'."¹²

Följande exempel illustrerar i all korthet den ifrågavarande förklarings-typen:

1. Vatten kokar under visst tryck vid 100 grader (lagpåstående).
2. Den föreliggande vätskan utgör vatten, och det angivna trycket är för handen (initialfakta).
3. Alltså kommer vattnet att koka (förutsägelse), eller utgör (1) och (2) en förklaring till varför vattnet kokade.

Av exemplet framgår också, som vi kan se, förhållandet mellan förutsägelse och förklaring. I båda fallen är samma lagpåstående och samma initialfakta verksamma. Skillnaden är endast *tidsmässig*. Vid förutsägelse har händelsen inte inträffat, vilket den har gjort vid förklaringen.¹³

Hempel har formulerat den subsumtiva förklaringsmodellen på ett sätt som i princip inte avviker från Popper, men därvid anknytit den till historieforskning och menat att den även där äger giltighet.¹⁴ Det har rått en viss tvist mellan Hempel och Popper angående frågan vem av dem som först förde fram subsumtionsmodellen.¹⁵ Såvitt jag kan se kan dock ingen av dem göra anspråk på att vara föregångare på detta område. Steins uttalande att fakta i process subsumeras under erfarenhetssatser innebär en tillämpning av den subsumtiva modellen, låt vara att Stein inte explicit formulerat en vetenskaplig förklaringsmodell.

En skillnad mellan de erfarenhetssatser som används vid juridisk bevisvärdering och den typ av kausalförklaring vi möter i Poppers modell är, att den senare hänvisar till *strikt lagpåståenden*, dvs om A så *alltid* B, medan en erfarenhetssats som används vid bevisvärdering i regel är vag, angivande t ex "om A så oftast B". Förklaringen blir därmed av *sannolikhetsskaraktär*. Påpekas bör i sammanhanget att Hempel, när han använder subsumtionsmodellen på historiska förklaringar, inte utgår från strikta lagpåståenden.¹⁶

¹² Popper s 60.

¹³ Hempel: Generella lagar i historien s 60 (I Marc-Wogaus antologi *Filosofin genom tiderna* efter 1950). Se också Björk: *Den historiska argumenteringen* s 59.

¹⁴ Hempel s 61 ff.

¹⁵ Se härom Björk s 55.

¹⁶ Hempel s 61. Angående användningen av den subsumtiva förklaringsmodellen när översatsen inte utgörs av ett strikt lagpåstående utan ett sannolikhetspåstående, se också Herberger/Simon s 358 ff.

Ytterligare en skillnad är att vi i naturvetenskapliga sammanhang har att göra med *yttre objektiva händelser* vilka skall förklaras, t ex varför utvidgas metall vid upphettning, varför faller äpplet till marken, varför är himlen blå etc, medan vi vid juridisk bevisvärdering som regel har att ta ställning till en *handlande individ*.¹⁷ Härvid aktualiseras stundom frågan om den handlandes *avsikt* eller *ändamål* med en viss handling, och om man därvid skall utgå ifrån ett objektivt antagande om *rationalitet*, eller om man kanske i stället skall titta närmare på vilka förutsättningar den enskilde individen utgått ifrån. Denne kan ju felaktigt ha trott att vissa förutsättningar förelåg, eller felaktigt trott att en viss handling skulle leda till målet. I så fall föreligger inget lagbundet sammanhang mellan mål och medel, varför handlingen framstår som icke rationell.¹⁸ Därmed kan en förklaring till handlingen — utifrån ett rationellt synsätt — komma att framstå som icke trovärdig. I vissa enskilda fall kan man dock förvänta sig att en individ inte kommer att handla rationellt p g a en *disposition*¹⁹ att handla oförnuftigt.

Den naturvetenskapliga förklaringen är inte direkt inriktad eller konstruerad med tanke på att det finns en agent som handlar, utan förklarar händelser i naturen. Inom historieforskningen, där man ju söker förklara historiska personers handlingar och historiska händelser, har man bl a av de ovan anförda skälen fört en livlig debatt om huruvida subsumtionsmodellen är tillämplig eller ej. Av vissa har den godtagits, av andra har den helt avvisats, medan ytterligare andra godtagit den med vissa modifikationer.²⁰ Dessa diskussioner är naturligtvis också av intresse för den juridiska bevisvärderingens vidkommande. Vid juridisk bevisvärdering handlar det ju ofta om att bedöma vilken avsikt en person hade med en viss handling. Tyvärr kan jag dock av utrymmesskäl inte gå djupare in på dessa intressanta frågor. Några

¹⁷ Jfr Collingwood: *The idea of History* 553 ff (I Marc-Wogaus antologi *Filosofin genom tiderna* efter 1950), som skiljer mellan en handlings insida och utsida. Med utsidan menar han det yttre händelseförloppet, med insidan vad den handlande tänkte och kände. Jfr Ödman s 52. Se också von Wright: *Explanation* s 86: "Action, one could say, normally presents two aspects: an 'inner' and an 'outer'".

¹⁸ Se Regnell: *Att beskriva och förklara* s 135 f och von Wright: *Explanation* s 84. Den förra utgår vid den teleologiska förklaringen från det egna — "objektiva" — referenssystemet, den senare från det främmande referenssystemet. Förståelsen av en handling förutsätter i det sistnämnda fallet inte att ett medel *faktiskt* leder till ett mål utan blott *föreställningar* om en mål-medel relation.

¹⁹ Se Regnell s 132.

²⁰ Se härom samlingsvolymen *Philosophical analysis and history* utgiven av William H. Dray, New York 1966.

exempel i slutet av framställningen kommer dock att närmare belysa svårigheterna. Dessutom försöker jag avslutningsvis själv att använda en slags teleologisk förklaringsmodell på ett konkret exempel.

Innan jag lämnar den subsumtiva förklaringsmodellen skall jag till sist kort anknyta till kapitlet om sannolikhetsbegreppet och tema- och värdeметoden. Temametoden använder sig av den ovan beskrivna subsumtionsmodellen. Enligt denna metod söker man subsumera en händelse under en optimal erfarenhetssats, för att därmed kunna göra ett uttalande om sannolikhet. Enligt värdeметoden däremot är det *beviset* för händelsen som man i stället söker subsumera under en erfarenhetssats. I båda fallen är förklaringen till att en händelse är sannolik resp att ett bevis gör en händelse sannolik, att söka i den erfarenhetssats under vilken subsumtionen sker, och i båda fallen används den subsumtiva förklaringsmodellen.

6.4 En erfarenhetssats kan vara svag eller stark och den kan tolkas statistiskt eller kausalt.

Den induktiva slutledningen innebär att man från ett begränsat material gör en *generalisering*. En generalisering är till sin natur allmän, vilket bl a medför att den i ett visst fall kan sakna tillämplighet. Följande generalisering finns omnämnd hos Eggleston:

”It is highly unlikely that an ordinary quarto-sized letter will be posted in a large envelope.”²¹

Generaliseringen bygger på en uppskattning av förhållandet mellan antalet ordinära brev som skickas i härför avsedda kuvert, och antalet brev som skickas i stora kuvert. Även om vi inte har tillgång till någon statistisk fördelning säger oss livserfarenheten att den av Eggleston uppställda generaliseringen är riktig. I det konkreta fallet kan det emellertid göras gällande att endast stora kuvert fanns till hands, eller att avsändaren är en excentrisk person som alltid använder stora kuvert. Ifall detta är riktigt är generaliseringen inte tillämplig. I regel är det dock så, att individuella omständigheter inte utesluter generaliseringen. Det kanske inte kan ådagaläggas med fullständig säkerhet att t ex små kuvert saknades, och då blir bedömningen mer osäker. För domaren är det givetvis klokt att alltid fundera över vilka omständig-

²¹ Eggleston: *Generalizations and Experts* s 31.

heter som kan utesluta den generalisering som verkar tillämplig och inrikta frågorna därefter.²²

Vad gäller styrkan av sambandet mellan A och B, så kan denna som nämnts variera. Det kan vara så att om A föreligger så föreligger också *alltid* B, *vanligen* B eller *oftare* B än icke B. Detta framgår av Russells formulering av vad han kallar den induktiva principen, vilken han gett följande formulering:

a) "The greater the number of cases in which a thing of the sort A has been found associated with a thing of the sort B, the more probable it is (if no cases of failure of association are known) that A is always associated with B;

b) Under the same circumstances, a sufficient number of cases of the association A with B will make it nearly certain that A is always associated with B, and will make this general law approach certainly without limit."²³

Om vi jämför formuleringarna under a) och b) ser vi att vi kan ha att göra med en glidning från en viss, kanske låg sannolikhet, till — när materialet är tillräckligt ur kvantitativ och kvalitativ synpunkt — konsta-terandet av en absolut lagbundenhet.²⁴

Ayer talar om att påståendena A och B kan vara förbundna med varandra av "a universal proposition", vilket innebär att A och B *alltid* följs åt.²⁵ Detta motsvarar vad Russell under b) kallar "this general law approach". Av att A och B *vanligen* eller *oftast* är förbundna med varandra följer att de i ett individuellt fall *inte* behöver vara det.²⁶ Annorlunda förhåller det sig om de är sammanlänkade av "a universal proposition". Av att A och B i alla hittills iakttagna fall följts åt, är man berättigad att sluta till att de gör det också i det föreliggande fallet.²⁷ De svaga generaliseringarna är således mer problematiska att använda. Som tidigare nämnts är det alltid klokt att fundera över vilka omständigheter som kan göra en svag generalisering icke tillämplig.

En relativ frekvens kan tolkas *statistiskt* eller *kausalt*.²⁸ Tolkas den

²² Se Cohen: Probable s 293.

²³ Russell: Problems s 67.

²⁴ Jfr dock Halldén: Sannolikhetens logik s 69: "Det finns lägen, där ett obetydligt antal iakttagelser är tillräckligt för långtgående slutsatser. I andra fall är observationsmaterialet ofantligt utan att ändå ge utslag".

²⁵ Ayer: Probability s 61.

²⁶ A a s 52 och 62.

²⁷ A a s 61.

²⁸ Hempel s 63.

kausalt menar man att det finns ett orsakssamband mellan A och B. Vid statistisk tolkning konstaterar man bara att händelserna A och B brukar följas åt utan att närmare penetrera orsaksfrågan.²⁹ Termen ”generell lag” implicerar att en förklaring bygger på att kausalsammanhang föreligger.³⁰ En statistisk hypotes duger emellertid många gånger lika bra som förklaring. Om t ex Tommy fått mässlingen två veckor efter sin bror och inte träffat någon annan som hade mässlingen, så accepterar vi att han fått sjukdomen från sin bror. Det finns dock inte någon generell lag som säger att varje person som inte tidigare haft mässlingen utan undantag kommer att få den om han vistas tillsammans med någon som har sjukdomen. En statistisk hypotes duger emellertid som sagt lika bra som förklaringsgrund. Denna säger att smittan med hög grad av sannolikhet överförs från den sjuke brodern.³¹

6.4.1 Närmare om de vaga erfarenhetssatserna — gränsen mot fördomar

De erfarenhetssatser som används vid bevisvärderingen är, som framgått, i regel ”generalizations of tendency”. Eller som Ekelöf uttrycker saken ”är den tillämpliga erfarenhetssatsen oftast en vag — icke numerisk — erfarenhetssats, som endast på ett ungefär anger hur det vanligen ligger till”.³² Dessa vaga erfarenhetssatser kallas i anglosaxisk doktrin för ”commonplace generalizations”.³³ Så här säger Cohen om dessa:

”...When a juryman takes up his office his mind is already adult and stocked with a vast number of commonplace generalizations about human acts, attitudes, intentions etc, about the more familiar features of the human environment, and about the interactions between these two kinds of factor, together with an awareness of many of the kinds of circumstances that are favourable or unfavourable to the application of each such generalization”.³⁴

Kunskapen om erfarenhetssatserna ifråga menar Cohen vara oproblematiske. Han säger:

²⁹ Jfr avsnitt 4.5.2 beträffande Ekelöfs med fleras krav på kausalt samband mellan bevis och tema och å andra sidan Stenings statistiska tolkning.

³⁰ Hempel s 63.

³¹ A st.

³² Ekelöf: Rättegång IV s 11.

³³ Cohen: Probable s 274.

³⁴ A st.

"The main commonplace generalizations themselves are for the most part too essential a part of our culture for there to be any serious disagreement about them. They are learned from shared experience, or taught by proverb, myth, legend, history, literature, drama, parental advice, and the mass media".³⁵

Till vardags använder vi denna typ av generaliseringar i stor utsträckning. Vi kanske vill undvika den värsta trafikrusningen, och startar därför vår bilfärd vid en senare tidpunkt. Vi vet att rusningen då börjat mattas, men har ingen exakt kunskap om trafikintensiteten. Eller kanske vi tänker göra en utflykt i naturen, men det är mulet på morgonen, varvid vi kanske erinrar oss generaliseringen att på en mulen morgon följer en solig dag. Snart kommer vi fram till generaliseringar som kan misstänkas vara uttryck för *fördomar* eller *vanföreställningar*. Bonden som läser i bondepraktikan och förbereder vårbruket efter tecken i naturen skulle kanske inte betraktas som rationell. När Cohen talar om "myth" och "legend" får man denna slags generaliseringar i åtanke.

Det är möjligt att Cohen har rätt i att vi är eniga om många generaliseringar, *men detta behöver ju inte innebära att de är riktiga*. Många av oss har nämligen en benägenhet att generalisera för mycket därför att detta är bekvämt och gör världen lättare att förstå. Om jag ena veckan läser i kvällstidningarna en stort uppslagen artikel om en restaurangägare som fifflat med skatten, och veckan därpå en liknande artikel, samtidigt som kvällstidningarna har en reportageserie om skatteflykt, i vilken särskilt restaurangägare utpekas som synnerligen skumma individer, kanske min tankegång blir denna:

Det förekommer att restaurangägare fifflar med skatten.

Många restaurangägare fifflar med skatten.

Alla restaurangägare fifflar med skatten.

Är du restaurangägare? Då har du väl fifflat med skatten.³⁶

Jag har inte samma förtroende för riktigheten av "commonplace generalizations" som Cohen tycks ha. Av litteratur kan framgå att kvinnor är nyckfulla och opålitliga, av ett drama att judar är snåla och skickliga som affärsmän, föräldrar kan uppfostra sina barn till att tro att tex de flesta utlänningar är kriminella, och massmedia kan få vem som helst att tro nästan vad som helst.

³⁵ A a s 275.

³⁶ Jfr Danielsson: Grallimatik s 58 ff. Han ger många roande — men också tankeväckande — exempel på generaliseringar vilka uttrycker fördomar.

En fördom kan sägas vara en generalisering som vilar på alltför få iakttagelser eller på inga iakttagelser alls. Gränsen mellan fördomar och generaliseringar som är empiriskt underbyggda blir på detta vis flytande.³⁷ Ett sätt att förhindra att ogrundade generaliseringar får påverka bevisvärderingen, är att — som nedan påpekas — anlita experter som sakkunniga, vilka får uttala sig om olika erfarenhetssatsers utbredning och styrka. Ett annat, bättre och billigare sätt, är att rätten är medveten om faran med ogrundade antaganden om samband, och *kritiskt granskar* de erfarenhetssatser som processmaterialet aktualiserar.

De klasser som en generalisering sammanbinder kan också vara vagt angivna, vilket följande exempel visar:

”Feta personer har i regel högt blodtryck”.

Om vi nu framför oss har en person som väger 100 kg och är 170 cm lång, kan vi då beteckna denna som ”fet”? Anser vi att vederbörande är ”fet” faller han omedelbart under generaliseringen. Väljer vi att inte betrakta honom som fet är generaliseringen inte direkt tillämplig. Ett annat exempel på en vag generalisering finner vi hos Eggleston, som dock inte diskuterar det problem som vagheten orsakar.

”Men having such a *fixed design* to kill are more likely to kill than men not having such a *fixed design*”.³⁸

Generaliseringen är säkert riktig. Problemet är att avgöra vad som menas med ”fixed design”. Bör domaren subsumera den tilltalade under generaliseringen?

En erfarenhetssats kan sålunda vara vag inte bara i den av Ekelöf angivna betydelsen att den endast på ett ungefär anger hur det vanligen ligger till, varmed han, om jag förstått honom rätt, menar att den inte grundar sig på statistiska undersökningar, utan den kan vara vag även i den meningen att den är *oklart fomulererad*. Frågan huruvida erfarenhetssatsen bör tillämpas eller ej blir därmed en *tolkningsfråga*. Tolkning av erfarenhetssatser och principerna för denna tolkning behandlas emellertid inte här utan i nästa kapitel.

I vissa fall kan emellertid en generalisering preciseras. Vad således gäller t ex ”fixed design” kan ett sakkunnigt vittne närmare ange vilka

³⁷ På detta sätt blir även gränsen mellan fördomar och fiktiva erfarenhetssatser svårdragen. Angående fiktiva erfarenhetssatser, se avsnitt 6.6.

³⁸ Eggleston: *Generalizations and Experts* s 25. Visst verkar Eggleston's exempel innehålla ett cirkelresonemang? För den här diskuterade frågan saknar dock detta betydelse.

symptom hos en individ som är utmärkande för "fixed design", varvid egenskaperna hos den tilltalade närmare kan jämföras med dessa. Men många gånger kan, eller är det i varje fall inte praktiskt möjligt med en exakt precisering. Utmärkande för "commonplace generalizations" eller livserfarenheten är nog, att den är vag i de båda betydelser som angetts. Nedan kommer detta att belysas genom ytterligare exempel. Bevisvärderingen blir naturligtvis osäker genom denna vaghet.

6.4.2 Ett par generaliseringar från praxis.

I praxis kan man hitta följande bevislut:

1. Eftersom A är *skötsam* är det högst osannolikt att han hade uppsåt att skada.³⁹
2. B:s långa verksamhet i en *betydande* och *ansvarsfull* ställning och hans *goda ekonomiska förhållanden* talar emot att han hade tillägnelseuppsåt.⁴⁰

I dessa exempel är de använda erfarenhetssatserna inte explicit formulerade, utan vad vi möter är endast slutsatsen i en bevismässig slutledning där översatsen är utelämnad. Vi kan emellertid med lätthet se hur de bakomliggande generaliseringarna ser ut. Den första slutsatsen bygger på generaliseringen att skötsamma personer oftast inte har skadeuppsåt, och den andra på generaliseringen att personer i betydande och ansvarsfull ställning, med goda ekonomiska förhållanden, vanligtvis inte har tillägnelseuppsåt. Studerar man domar ser man att det är vanligt att de bakomliggande generaliseringarna inte redovisas; de underförstås och tas i allmänhet för självklara.

Som domstolarna formulerat generaliseringarna resonerar vi kanske ofta till vardags. Vi säger att det är osannolikt att den som är skötsam har uppsåt att skada, och att en person i betydande ställning och med god ekonomi knappast snattar. När vi säger detta har vi en föreställning om vad som kännetecknar en skötsam person, och vi vet också, grovt sett, vilka som kan anses ha en betydande ställning. Naturligtvis är det värderingar som avgör vilka vi anser som skötsamma, och vilka vi anser har en betydande ställning. Men dessa värderingar är kollektiva och delas således av flertalet samhällsmedborgare. Det är sålunda inte frågan om uttryck för domarens personliga värderingar, eller bör åtminstone inte vara det.

Generaliseringarna förefaller dock att vara *partiska*. Alla som inte

³⁹ NJA 1968 s 500 (dissidenterna).

⁴⁰ NJA 1972 s 253 RR:ns bedömning.

kan anses skötsamma eller ha en betydande ställning kommer ju att missgynnas. En plåtslagare t ex är redan på *på förhand* i en sämre ställning därför att hans ställning inte kan anses som betydande. Generaliseringarna vittnar om att bevisvärderingen inte alltid är så opartisk och förutsättningslös som man gärna vill tro att den är.

Ingen av de två ovannämnda generaliseringarna skulle kunna skrivas in i en *materiell* rättsregel med hänsyn till RF 1:2. I denna grundlagsregel sägs att den offentliga makten skall utövas med respekt för människors *lika värde*. Generaliseringarna uppvisar inte denna respekt, eftersom de behandlar människor olika efter samhällsställning, eller beroende på om de kan anses skötsamma eller ej. Det är dock ett misstag att tro att det är grundlagsstridigt att använda generaliseringarna ifråga vid bevisvärderingen. Visserligen är RB 35:1 underordnad grundlagen, men bevisvärderingen är fri och syftar till att utreda sanningen. Och rätten har, får vi i alla fall hoppas, inte använt t ex generalisering nr 2, därför att den vill stödja de besuttna, utan därför att den menat att det *faktiskt* förhåller sig så att personer med betydande ställning i regel inte har tillägnelseuppsåt. Och skulle denna generalisering vara riktig skall den användas av rätten vid bevisvärderingen.⁴¹ Att det sedan kan vara svårt att närmare bestämma vad som kännetecknar individerna i generaliseringens klass är en annan sak, och detta är för ett problem som vidhåfter många generaliseringar i större eller mindre utsträckning.

Att bevisbedömningen är fri medför att den omständigheten att någon har t ex en betydande ställning kan komma att sakna betydelse i det enskilda fallet. Ifall generaliseringen hade karaktären av en rättsregel skulle den alltid gynna en viss grupp av personer. Rätten skulle i så fall vara betagen sin fria prövningsrätt.⁴² Rent praktiskt innebär

⁴¹ Alla generaliseringar som knyter till egenskaper hos personer, t ex rik, rödhårig, välmenande, lång, kort, etc, och i en viss situation alltid eller ofta knyter en generalisering till egenskapen ifråga, kan sägas vara partiska. Den som saknar egenskapen kan regelmässigt komma i en mer gynnsam position än den som har den, och den som har egenskapen blir därmed missgynnad. Omvänt kan den som har egenskapen komma att gynnas, och den som saknar egenskapen kommer då i en sämre position. Finns det empiriska belägg för att en erfarenhetssats är riktig, bör den emellertid användas, även om detta kan uppfattas som partiskt. Såvitt gäller grundsatsen om likhet inför lagen kan denna därför inte, i den mån sådana erfarenhetssatser finns, upprätthållas på bevissidan. Kravet på likhet inför lagen bör emellertid inte drivas därhän, att domstolen, när den försöker utreda vad som faktiskt hänt, blundar för empiriska fakta.

⁴² Jag utgår här ifrån att rätten känner sig bunden av en klar och tydlig rättsregel och att den således inte, genom t ex ett reduktionsslut, kan befria sig från den partiska rättssatsen.

detta bl a att en erfarenhetssats av den ifrågavarande typen inte bör få grundläggas tex en presumption eftersom presumptionen är en rättsregel.

Beträffande de ovannämnda generaliseringarna vill jag avslutningsvis säga att de knappast är empiriskt grundade och att de därför inte bör användas. Jag tror inte att de som inte har en betydande ställning oftare har uppsåt att tillägna sig saker än de som har en betydande ställning. Vad som däremot kan vara av intresse i sammanhanget är om den tilltalade tidigare straffats för denna slags brott eller liknande brott. Sådana uppgifter, liksom andra personuppgifter, får, och kan, domstolen komma att tillmäta relevans vid bevisbedömningen.⁴³

6.5 Allmänna och särskilda erfarenhetssatser

Domaren erhåller inte kunskap om erfarenhetssatser endast genom att granska sin egen livserfarenhet. Han kan även läsa sig till dem i t ex böcker och tidningar. De kan också traderas muntligt till honom. Erfarenhetssatserna kan emellertid bli till föremål för bevisning och då anlitas i regel en sakkunnig. När skall sakkunnig anlitas? Kompetensfördelningen har av Gärde dragits upp på följande sätt:

”Erfarenhetssatser och omdömen, som ligga inom området för domarens allmänna erfarenhet och kunskaper, ingår däremot i domarens uppgift; det nu sagda gäller även rättstillämpningsfrågor”.⁴⁴

⁴³ Frågan hur den tilltalades antecedentia, d v s hans förgångna, hans karaktär och disposition att handla på ett visst sätt, skall behandlas ur bevissynpunkt, är emellertid en aning kontroversiellt. I engelsk och amerikansk rätt är sådan bevisning som rör den tilltalades tidigare beteende i princip ”inadmissible” på grund av sin suggestibla och svårbedömda karaktär. Det finns alltså ett förbud mot bevisning av s k ”similar facts” d v s fakta som visar hur den tilltalade tidigare betett sig. Vad särskilt gäller frågan om tidigare brottslighet så får sådan dock enligt en huvudregel beaktas om den tilltalade tidigare begått ett likadant brott som han står tiltalad för. Har t ex någon tidigare straffats för stöld får denna uppgift inte beaktas om det aktuella brottet är misshandel, men däremot om det rör sig om ett nytt tillgrepp. Regeln är emellertid försedd med undantag. Även annan brottslighet får beaktas om den kan anses ha relevans för bedömningen i det aktuella fallet. Principen har uttryckts så att ”Evidence is not to be excluded merely because it tends to show the accused to be of a bad disposition, but only if it shows nothing more”. Grunden till denna regel är rättspolitisk ”... a jury might place too much weight upon it”. Se härom Phipson s 189. Se också Cross s 354 ff. Angående antecedentia i brottmål, se också Bolding: Sannolikhet och bevisvärdering i brottmål i SvJT 1953 s 327 ff.

⁴⁴ Kommentaren s 543.

Låt oss för enkelhetens skull tala om *allmänna* och *särskilda* erfarenhetssatser, och säga att de förra ligger inom domarens kompetensområde, och de senare inom den sakkunniges kompetensområde. Någon skarp gräns går dock inte att dra mellan de fall där särskild sakkunskap fordras och där detta inte är fallet.⁴⁵

Nu förhåller det sig så, att det även beträffande de allmänna erfarenhetssatserna finns fackmän utanför domstolen som besitter speciella kunskaper om dessa. Jag tänker bl a på psykologer, vilka är bättre skickade än en lekman att bedöma vad som är normalt beteende hos människor. Dessa fackmän anlitas endast i undantagsfall därför att jämväl domaren anses besitta tillräckiga kunskaper på området. I många fall är det också så att domarens kunskaper är tillräckliga, men i många fall är det säkert också så, att bedömningen skulle bli säkrare om en fackman anlitas.⁴⁶ Det finns emellertid en viss misstro mot experter. Det är vidare inte rimligt att driva undersökningen hur långt som helst, i synnerhet inte i bagatellmål. Att anlita experter är dessutom dyrbart och försenar handläggningen. Och en ordentlig utredning kan inte betalas till vilket pris som helst, vilket i och för sig är beklagligt.

6.6 Analog användning av erfarenhetssatser

Som nämnts är erfarenhetssatserna av abstrakt karaktär. De grundar sig på att vi genom tidigare iakttagelser kommit fram till att det under vissa omständigheter förhåller sig på ett visst sätt. Genom induktion kan vi t ex sluta oss till, att när omständigheterna a, b och c föreligger, så föreligger även T. Om det nu i det föreliggande fallet görs gällande att fakta a, b och c föreligger kan det vara nödvändigt att bevisa dessa. Kanske denna bevisning tillgår så, att ett vittne säger att han iakttagit a, b och c. Vid bedömningen av om vi kan fästa tilltro till vittnets utsaga har erfarenhetssatser betydelse på så sätt att vi av erfarenhet vet att risken för misstag är mindre om händelsen inte ligger alltför långt bak i tiden, om siktförhållandena var goda etc.

Vi utgår emellertid från att a, b och c med viss grad av sannolikhet bevisats i processen och att vi nu skall ta ställning till om T föreligger. Vad som då händer är att de konkreta fakta som bevisats i processen subsumeras under en erfarenhetssats, varvid vi också — om det finns

⁴⁵ Se härom Stein s 25 ff.

⁴⁶ Se allmänt om detta spörsmål Eggleston: Generalizations and Experts. s 22 ff.

en passande erfarenhetssats — kan sluta oss till att T föreligger. Av denna presentation kan man få den uppfattningen att subsumtionen är enkel. Och ibland är det naturligtvis så, att det finns en erfarenhetssats som passar precis till fakta i processen, men detta torde höra till undantagen.

Hur gör vi om vi tex har tillgång till en erfarenhetssats som säger att ifall a, b, c och d så T, eller om a och b så T. I det förstnämnda fallet har tillkommit en faktor (d) i erfarenhetssatsen, men någon sådan finns inte i processmaterialet. I det senare fallet innehåller processmaterialet en faktor mer än erfarenhetssatsen. Men det kan också vara värre ställt; vi har kanske inte alls tillgång till någon erfarenhetssats.

Döhring talar om *analog* användning av erfarenhetssatser.⁴⁷ I de fall där vi har tillgång till en erfarenhetssats som inte passar exakt, såsom i det ovan angivna exemplet, där erfarenhetssatsen innehåller en faktor för mycket resp för litet i förhållande till processmaterialet, kan vi kanske använda den analogt på det föreliggande fallet.⁴⁸ Att avgöra om en sådan analog användning är acceptabel kan naturligtvis vara en delikat uppgift. Av stor betydelse är givetvis hur *väsentlig* den felande faktorn resp överskottet kan förmodas vara.⁴⁹ Det går alltså inte att ge exakta regler för när en erfarenhetssats kan användas analogt, likaså det fö inte heller exakt kan anges när en analog användning av en rättssats är godtagbar.

Har vi inte alls tillgång till någon erfarenhetssats kan det förefalla som om situationen är hopplös. Stening talar emellertid om *fiktiva* erfarenhetssatser, varmed han menar att vi gissar hur erfarenhetssatsen

⁴⁷ Döhring s 344 ff.

⁴⁸ Musielak s 95 anser emellertid att en erfarenhetssats överhuvudtaget inte kan användas, om den innehåller fler faktorer än som finns med i processmaterialet. Om däremot processmaterialet innehåller fler faktorer än erfarenhetssatsen, så kan den enligt Musielak eventuellt användas, och den används då enligt Musielak direkt och inte analogt (motsatt uppfattning Döhring s 344). Musielaks förstnämnda ståndpunkt är enligt min mening svårbegriplig. Antag att vi har följande erfarenhetssats: När det är mulet (a), kvavt i luften (b), mörkt vid horisonten (c) och vindstilla (d), så brukar det bli åska. Antag nu att i det föreliggande fallet endast fakta a, b och c är för handen. Visst kan generaliseringen användas även i detta fall, även om den kan bli en aning mer osäker. Musielak menar emellertid att den inte kan användas i ett sådant fall. Om däremot erfarenhetssatsen hade bestått av fakta a, b och c, och vi i det föreliggande fallet haft tillgång också till d, så skulle erfarenhetssatsen enligt Musielak ha kunnat användas, men i så fall direkt och inte analogt.

⁴⁹ Se Ekman s 81. Frågan vilken beslutsprincip domstolen bör använda sig av om det är tveksamt huruvida en analogi bör göras behandlas i kap 7, se särskilt avsnitt 7.6.

skulle se ut om den fanns.⁵⁰ Stening manar emellertid till försiktighet vid uppställandet av fiktiva erfarenhetssatser. Gränserna mellan den vaga livserfarenheten, analog användning av erfarenhetssatser och fiktiva erfarenhetssatser är dock flytande. I den mån en fiktiv erfarenhetssats inte uppställs eller en analogi görs, kan ett alternativ vara att använda en bevisbörderegler.

6.7 Är domaren bunden av erfarenhetssatserna?

Jag har tidigare tangerat frågan om domaren är *bunden* av erfarenhetssatserna. Efter vad som anförts finns det anledning att närmare behandla denna fråga. Som utgångspunkt väljer jag Ekelöfs beskrivning av skillnaden mellan legal bevisteori och fri bevisvärdering:

Ex 1. Vad två ojäviga vittnen intygar, skall rätten lägga till grund för domen (översats).

Här intygar två ojäviga vittnen T.

Alltså skall rätten här lägga T:s existens till grund för domen.

Ex 2. Om bevisfaktum föreligger, så föreligger även temat (erfarenhetssats och översats).

Här föreligger bevisfaktum.

Alltså föreligger här även temat.⁵¹

Enligt den legala bevisteorin var domaren i princip tvungen att godta två ojäviga vittnen som fullt bevis, eftersom lagen föreskrev detta.⁵² I exempel 2, som illustrerar den fria bevisprövningen, är den positiva tvingande lagregleringen utbytt mot en erfarenhetssats, vilken inte fixerats i lagen, men som domaren enligt Ekelöf likväl är bunden av, precis som domaren enligt den legala bevisteorin var bunden av legala bevisvärderaregler.⁵³

Det finns en allmän skyldighet för domaren att använda erfarenhetssatser vid bevisvärderingen, och således en bundenhet till dem på samma sätt som domaren vid sin rättstillämpning är skyldig att använda rättssatser. Denna bundenhet avser emellertid bevisvärderingen som *generell företeelse* i process. Vad däremot gäller tillämpningen av erfarenhetssatser i *konkreta fall*, så föreligger bundenhet endast om erfaren-

⁵⁰ Stening: Bevisvärde s 41.

⁵¹ Ekelöf: Sanning och sannolikhet s 70 f.

⁵² Jfr dock avsnitt 2.4.

⁵³ Ekelöf a a s 71.

hetssatsen är av naturlags karaktär. Då finns nämligen inte något utrymme för en "fri" bevisvärdering. På ungefär samma sätt kan det förhålla sig om erfarenhetssatsen är mycket stark utan att ha karaktären av naturlag.⁵⁴ Är däremot erfarenhetssatsen vag, eller visserligen stark men analog användning aktualiseras, kan frågan uppkomma om den bör tillämpas i det föreliggande fallet. Och då föreligger ingen bundenhet. På motsvarande sätt kan rätten i det individuella fallet avstå ifrån att tillämpa en rättssats analogt.

6.8 Handling och orsak

Som framgått vid behandlingen av erfarenhetssatserna hänvisar både Ekelöf, Stening och Bolding till induktionen. Från iakttagelse av enskilda fall uppställer man en regel och under denna subsumeras fakta i processen. Det är tydligt att man vid juridisk bevisvärdering, liksom inom naturvetenskapen, är intresserad av lagbundenheter. Denna synpunkt, att generella satser bör användas vid bevisvärderingen är riktig, men den bör inte drivas för långt. Man får ibland intrycket att bevisvärdering inte skulle vara möjlig utan tillgång till regulariteter. Boldings påstående är väl det mest tillspetsade i sammanhanget. Han säger att

⁵⁴ Jfr motiven s 445: "Av den uppställda regeln (RB 35:1) följer, att domaren vid bevisprövningen är begränsad till det material, som framkommit i rättegången, och sålunda icke får på annat sätt skaffa sig kännedom om relevanta omständigheter. Detta *hindrar icke* (min kurs), att han tager hänsyn till omständigheter, som äro allmänt veterliga, eller till erfarenhetssatser, som äro kända för honom." Formuleringen är inte särskilt lyckad eftersom den ger intryck av att domaren skulle ha frihet att avstå från att tillämpa en allmän erfarenhetssats som han känner till och som är av relevans i det föreliggande fallet. Något som däremot skulle kunna diskuteras, är i vad mån domaren äger rätt att tillämpa en ovanlig erfarenhetssats, som kanske bara några få känner till. Något som talar mot detta är att bevisbedömningen enligt motiven skall vila på skäl som kan godtas av andra förståndiga personer (se avsnitt 3.5). Detta objektivitetskrav kräver ju att de tillämpade erfarenhetssatserna kan antas vara allmänt kända. Å andra sidan bör ju rimligtvis en erfarenhetssats få användas även om den inte är allmänt känd. Vad särskilt gäller nya kunskaper så vinner ju sådana inte direkt allmän utbredning, men självfallet bör de ändå få användas. Vad däremot gäller domarens rent *personliga erfarenheter*, uppstår frågan om sådana bör få användas. Se härom Musielak s 93, som inte vill tillerkänna personliga erfarenheter status av rättsrelevanta erfarenhetssatser, såvida de inte uppfyller ett krav på *allmängiltighet*, och å andra sidan Döhring s 342, som menar att ett krav på allmängiltighet inte behövs. Själv tycker jag att Musielaks krav att "nur *gesicherte Erfahrungssätze* dürfen berücksichtigt werden" är alltför strängt (min kurs). Jfr nedan avsnitt 6.9 om konstruktion av erfarenhetssatser.

ett uttalande om sannolikhet inte är berättigat om man inte kan stödja sig på frekvenser.⁵⁵

Vid bevisvärdering söker man sannolikheten för *händelser*. Det sannolikhetsbegrepp vi möter vid juridisk bevisvärdering verkar ta sikte på vad vi kan kalla en händelses *utsida*.⁵⁶ Exempel som finns i bevisrättslig doktrin tar gärna upp fall som att ett bromsspår bevisar en bils hastighet, faderskapsindex, att man ser sämre i mörker etc. I dessa och de flesta andra fall har vi att göra med yttre data, och att det finns generella regler i bakgrunden, om än i vissa fall av vag karaktär, kan det väl inte råda någon tvekan om.

Frågar vi däremot efter *skäl* för en viss handling; varför körde X 100 km/tim, varför befann sig Y på platsen B, varför stoppade V ner kläderna i sin väska, har vi hamnat på den *existensiella nivån*.⁵⁷ Vi vet redan att vissa händelser inträffat, men vill nu veta förklaringen härtill. När vi frågar efter skälen närmar vi oss den individ som agerat, och den förklaring som denne lämnar kan vara högst personlig. Att vi hamnat på den existensiella nivån medför att vi, när vi skall ta hänsyn till den aktuella individen, bör ta hänsyn till den situation som han befann sig i, hans intressen, attityder, bakgrund, sociala situation, karaktärsegenskaper m m.

Söndringen mellan yttre verklighet och existensiell nivå är dock inte absolut.⁵⁸ Det kanske finns viss svag bevisning för en händelses utsida, t ex att Y befann sig på platsen B, samtidigt som det efter en existensiell tolkning kan visa sig att det fanns goda skäl för Y att befinna sig på platsen. Detta skäl som berör handlingens insida påverkar bedöm-

⁵⁵ Påståendet är tillspetsat därför att det antyder att ett uttalande om sannolikhet kräver att vi har tillgång till en färdig optimal erfarenhetssats under vilken en komplex situation kan subsumeras. Konstruerar vi en optimal erfarenhetssats med hjälp av andra kända eller troliga erfarenhetssatser stödjer man sig emellertid inte på en färdig optimal erfarenhetssats. Nu tror jag att Bolding själv inte menar att vi skall ha tillgång till färdiga erfarenhetssatser. Han ställer ju själv upp fiktiva erfarenhetssatser (se avsnitt 6.9.2). Inte desto mindre är påståendet tillspetsat. Om vi t ex i ett visst fall ställs inför frågan om vi skall tro på A eller B, men saknar underlag att tro på någondera påståendet, kanske vi säger att alternativen är lika sannolika. Beslutet att tro att alternativen är lika sannolika grundar sig överhuvudtaget inte på några erfarenhetssatser, utan är ett utslag av en slags beslutsregel. Angående indifferensprincipen ifråga, se avsnitt 6.9.2.

⁵⁶ Jfr ovan avsnitt 6.3 not 17 angående distinktionen mellan en händelses in- och utsida.

⁵⁷ Se Ödman s 52: "Man brukar ofta skilja mellan sådan tolkning, som gäller den yttre verkligheten, och å andra sidan tolkning som har till föremål att förstå företeelser och handlingar som uttryck för en existensiell situation." Jfr avsnitt 6.3 not 17.

⁵⁸ A a s 54.

ningen av utsidan, dvs ställningstagandet till om han befann sig på platsen eller ej.⁵⁹

Den förklaring som en person lämnar till varför han agerat på ett visst sätt kan, som sagt, vara högst personlig. Skälet kan gälla bara för honom. En sådan förklaring blir givetvis inte trovärdig om det krävs att den skall överensstämma med erfarenhetssatser som anger hur det vanligen ligger till. När nu såväl motiv som doktrin säger att domaren vid bevisbedömningen skall använda sig av allmänna erfarenhetssatser kan man få den uppfattningen att denna slags förklaringar skall behandlas på ett särskilt sätt. Låt mig illustrera detta med ett påhittat exempel, som för illustrationens skull är tillspetsat.

Antag att A är misstänkt för att ha försökt stjäla från B. Det är ostridigt att A i ca 15 min på stadens gator gått efter B. I en gränd går A förbi B, varvid hans paraply tar tag i armremmen till B:s handväska. Åklagaren gör gällande, att anledningen till att A följde efter B, var att han tänkte stjäla hennes handväska. A förnekar att han hade denna avsikt. Han gör gällande att han var ute på söndagspromenad, och att han följde efter B därför att "hon var den skönaste kvinna som han någonsin sett". A förklarade vidare att det var av misstag som hans paraplyhandtag fastnade i axelrummen till B:s handväska. Åklagaren säger att A:s förklaring inte kan tas på allvar, därför att normalt ingen är ute och promenerar när det regnar, och eftersom B knappast kan anses vara en sådan skönhet, att hon kan förmå en man att börja följa efter henne, i synnerhet inte om det regnar. Det visar sig sedan till domstolens häpnad, att B är en stor och fetlagd kvinna, med stripigt hår och stora vårtor på näsan.

Kan man tro på A:s förklaring? Hur använder man här vid bevisbedömningen allmänna erfarenhetssatser? Visserligen skulle rätten kunna använda erfarenhetssatser på sådant sätt att den säger att den inte tror på A därför att förklaringen strider mot ett vanligt och naturligt beteende. Men tydligt är att en användning av erfarenhetssatser på detta sätt diskriminerar de som betar sig udda, anför konstiga och främmande skäl, därför att måttstocken är den stora massans rörelser, det konforma beteendet. Detta gagnar väl förutsebarheten och gör bedömningen relativt enkel, men inställningen är uppenbarligen farlig.

⁵⁹ I stället för att tala om en handlings in- resp utsida och om existensiell nivå resp yttre verklighet kan man i och för sig tala om en enhetlig verklighet och använda de vanliga beteckningarna bevis- och hjälpfakta. Indelningen är emellertid enligt min mening värdefull därför att den fäster vår uppmärksamhet på den inre motivationen som skäl att utföra handlingar. Vidare fäster indelningen vår uppmärksamhet på frågan om det kan anses finnas ett *kausalt* samband mellan skäl och handling, se angående detta avsnitt 6.8.1.

Människor är inte alltid rationella och alla har inte samma preferenser.⁶⁰ Den förslagene kan dessutom förse sig med godtagbara *skäl* medan den verkliga *orsaken* till handlandet är en helt annan.⁶¹

6.8.1 Om svårigheterna med den subsumtiva förklaringsmodellens applikation

Varför är det svårt att använda empiriska lagar beträffande relationen mellan skäl och handling? Jag skall försöka nämna några orsaker här-till. Vi kan iaktta händelser i naturen och konstatera samband mellan dessa. Sjäsliga processer kan dock *inte iakttas*. Vidare är ett skäl inte en händelse, och det har hävdats att eftersom endast händelser kan orsaka händelser, ett skäl inte kan orsaka en händelse. Det skulle således *saknas kausalt samband* mellan skäl och handling i motsats till vad som gäller för naturlagar.⁶² Bortsett härifrån är det ibland svårt att hävda att det föreligger ett erfarenhetsmässigt samband mellan skäl och handling. Visserligen skulle kunna hävdas att ifall A alltid utför en viss handling av ett visst skäl under vissa omständigheter, det föreligger ett erfarenhetsmässigt samband, även om det gäller bara för A. Många gånger när vi handlar är emellertid situationen starkt samman-satt. Det finns skäl att utföra en viss handling och det finns skäl att låta bli att utföra den. Hur vi agerar i en given situation beror på hur denna är beskaffad. För att kunna bedöma om ett föregivet skäl är riktigt måste vi känna till hur den individ som agerat *värderar situationen*, och hur han *prioriterar skäl för och skäl emot* att utföra en viss handling. Vi måste också känna till vilka *faktiska förutsättningar* en person ut-gått ifrån vid sitt handlande. En person kan oriktigt tro att en handling leder till ett visst mål om han missuppfattat verklighetssammanhangen. Utifrån ett *rationellt synsätt* kan då handlingen verka obegriplig som ett medel att uppnå ett påstått mål. För den rationelle utomstående betraktaren kan därmed förklaringen till varför handlingen utfördes

⁶⁰ Exemplet visar också att bevisvärderingen kan innefatta ett ställningstagande till värde-ringar: Vem skall betraktas som vacker?

⁶¹ Angående distinktionen mellan skäl och orsak, se Naess: Empirisk semantik s 81.

⁶² Se Davidson: Handlingar, skäl och orsaker s 126. (I Marc-Wogaus antologi *Filosofin genom tiderna* efter 1950.) Se också von Wright: *Explanation* s 67 och 93. När relationen mellan skäl och handling inte betraktas som empirisk-kausal betraktas den som logisk. Grunden till det senare betraktelsesättet är att viljan att göra något inte betraktas som logiskt oberoende från resultatet av handlingen. När Ekelöf ställer upp ett krav på kausalsamband mellan bevis och tema kan vi sluta oss till att hans synsätt är empiriskt-kausalt.

anses sakna trovärdighet. Utifrån *individens egna utgångspunkter*, dvs felaktiga antaganden om verklighetssammanhangen, kan däremot handlingen te sig rationell; denne tror ju faktiskt att handlingen leder till målet.⁶³

Känner vi till det ovannämnda har vi kommit en bit på väg. Vi måste dock räkna med att en individ kan handla av en impuls, av *ögonblickets ingivelse*, och att hon normalt inte handlar på detta vis. Detta innebär att ifall en likadan situation skulle upprepas, individen kanske inte skulle agera som tidigare. Sedan har vi att räkna med att vi *inte är medvetna om de skäl som styr våra handlingar*. Av bl a nu anförda orsaker kan empiriska lagar inte på samma sätt som när det gäller naturfenomen användas till att förklara och förutsäga mänskligt beteende.

Någon skillnad i art mellan humanistiska och naturvetenskapliga förklaringar tror jag dock inte föreligger. En individ som utför en viss handling betraktar denna som ett medel att uppnå ett mål, och förklaringen till att en handling antas leda till ett mål är att söka faktiska eller föreställda empiriska lagar eller erfarenhetssatser. Individens avsikt får vi då söka sluta oss till genom att analysera handlingarna. Psykologin förser oss vidare med kunskaper om de lagar som styr mänskligt beteende. På grund av att det finns *olika skolor inom psykologin* kan vi dock inte få fram entydiga resultat. Vidare är de erfarenhetssatser som kan användas för att förklara historiska fenomen och enskilda personer handlingar vaga och långt ifrån fullständiga. De utgör nog, som Hempel säger, *förklaringskisser*, vilka måste fyllas ut.⁶⁴ Det är nog därför, generellt sett, lättare att bedöma sannolikheten för händelser än för att ett föregivet skäl överensstämmer med verkliga förhållanden. Om vi t ex skall bedöma sannolikheten för att ett bromsspår bevisar en bils hastighet, eller sannolikheten för att ett konstruktionsfel orsakat ett motorhaveri, har vi att göra med yttre data — en mer teknisk sannolikhetsbedömning — vid vilken vi i regel inte behöver ta hänsyn till en agerande individ och dennes karaktär, önskningar, intressen m m. Bedömningen av om ett skäl är trovärdigt drar in fler och andra osäkerhetsmoment i bedömningen.

6.8.2 Bedömning av uppsåt i lindriga brottmål — fyra särskilda svårigheter

Huruvida rätten skall tro på en förklaring aktualiseras bl a när den skall ta ställning till om en person hade *uppsåt* i något avseende. Följan-

⁶³ Jfr ovan avsnitt 6.3.

⁶⁴ Hempel s 63.

de exempel kan belysa svårigheterna. Fru X stoppades på ett större varuhus, strax innan utgången, ned en del klädespersedlar i sin väska, vilka hon tagit i varuhuset. Hon förklarade att hon stoppat ner dem i sin väska därför att det var upptaget i provhytterna; hon ville försäkra sig om att ingen annan köpte just dessa kläder och gick därför omkring i varuhuset och inväntade att någon provhytt skulle bli ledig. När hon på sin rundvandring i varuhuset kom ner till entréplanet kände hon sig lite dålig — hon hade giftstruma — och gick därför mot utgången för att få lite frisk luft. Där hejdades hon av en butikskontrollant.⁶⁵

Vad skall man tro om fru X:s förklaring? Det finns knappast någon erfarenhetssats som säger att hennes beteende är normalt i denna speciella situation. Snarare är hennes beteende ovanligt, liksom hennes förklaring är ovanlig. Men hennes förklaring *kan* ju vara riktig. I denna typ av mål säger domstolarna ibland att det inte kan *uteslutas* att förklaringen är riktig. Naturligtvis kan man nästan aldrig utesluta att en förklaring är riktig, hur märklig den än låter. Formuleringen ”uteslutas” antyder fö att beviskravet skulle kunna vara högt i bagatellmål.

Vid bevisbedömningen är det nog särskilt fyra saker som kan vara besvärande i detta slags mål. För det första är utredningen i regel knapp i bagatellmål. Om en ordentlig utredning gjordes om fru X, hennes levnadssituation, bakgrund, intressen, karaktär m m, om vi alltså fick en ordentlig bild av henne, vore det lättare att bedöma vilken tilltro vi borde sätta till hennes förklaring. En sådan utredning sker inte vid denna typ av bagatellbrott, i varje fall om de inte upprepas, varför underlaget för bevisbedömningen blir bristfälligt såvitt gäller den person som utfört handlingen. Som en följd härav finns en risk för att det yttre händelseförloppet tillmäts oproportionerligt stor betydelse. *Bevisbedömningen får därmed en slagsida åt det ena hållet beroende på att utredningen åt det andra hållet är obefintlig.*

För det andra är det nog ofta svårt att låta bli att värdera handlingar ur *moralisk* synpunkt. Inga känslor upprörs däremot när det gäller att bedöma sannolikheten för händelser, och beviset är av teknisk karaktär. Frågan om huruvida tex ett bromsspår bevisar en bils hastighet aktualiserar en sådan teknisk och neutral bedömning. Visserligen utgör fortkörning en handling som vi kan ogilla, men beviset — dvs bromsspåret — för att handlingen utförts, kan vi knappast moraliskt ogilla. När däremot handlingen som sådan, och som vi ogillar, typiskt sett har ett visst bevisvärde, kan förmodligen det förhållandet att vi ogillar själ-

⁶⁵ Se rättsfallet NJA 1964 s 97.

va handlingen göra oss benägna att moralisera bevisvärderingen. I stället för att fråga: Vilket bevisvärde har den lämnade *förklaringen* till handlingen? — kan frågan komma att bli: Gör förklaringen handlingen *ursäktlig*? Därmed blir bevisvärderingen inte enbart kunskaps-teoretisk utan även moraliserande.

Skälet till att en handling ogillas beror väl i regel på att den bryter mot en norm av något slag. Man *bör* tex inte på ett varuhus stoppa ner och dölja varor i sin väska, vilket fru X gjorde. Handlingssättet ifråga utgör visserligen numera inte ett brott, men en norm säger att vi inte bör bete oss på detta vis. Ur moralisk synpunkt blir nog därför även fru X förklaring till sitt beteende lätt oacceptabel, och det kan ur *psykologisk synpunkt* vara svårt att bortse från det moraliska klandret vid bevisvärderingen. Det finns en risk för att det fordras en mycket god förklaring — ursäktlig och plausibel — för att inte klandret skall slå igenom. Det finns sålunda en risk för att domstolen inte tror på fru X förklaring dels därför att den ogillar hennes beteende och dels därför att den inte anser hennes skäl göra handlingen ursäktlig.

Ibland är hänvisningen till en norm tydlig i de bevisrättsliga resonemang som domstolarna för. Den framgår genom ständiga påpekanden om vad den handlande *borde* ha gjort. Det finns då en norm som anger vad man bör göra i en sådan situation som den förevarande, samtidigt som det konstateras att den handlande inte agerat i enlighet med normen. I sådana fall kan man också utläsa ett mer eller mindre klart uttalat klander mot den handlande för att han inte handlat som normen föreskriver. Vi skall i det följande titta på ett par sådana rättsfall.

En person, A, tar en kamera som ligger på disken i ett pantbolags kontorslokal. Han invänder att han tog kameran för att överlämna den till polisen i hopp om att få hittelön. HovR:n säger:

”A:s berättelse är i och för sig föga trovärdig. Under de av honom angivna omständigheterna *hade det legat nära till hands* att han lämnat kameran till personalen på pantbanken eller i varje fall upplyst denna personal om att han tillvaratagit kameran för att lämna den till polismyndigheten. *Vidare borde det* ha varit angeläget för honom att genast anmäla fyndet hos polismyndigheten, i synnerhet som polisstationen är belägen endast några hundra meter från pantbankens lokaler.”⁶⁶

I NJA 1974 s 115 är klandret starkare uttalat. En bilägare, som påkört och skadat en parkerad bil har avlägsnat sig från olycksplatsen, utan

⁶⁶ Se NJA 1956 s 533 (min kurs).

att ha vidtagit åtgärder för att underrätta ägaren till den skadade bilen om olyckshändelsen. HovR:n säger:

”Det har ålegat X, som iakttagit att det uppstått skador på den parkerade bilen, att innan hon avlägsnade sig från platsen ge sig till känna för bilens ägare. Händelsen har inträffat under dagtid och i stad på trafikerad gata. X *bör* utan större svårighet ha kunnat — exempelvis efter att från någon förbipasserande *ha lånat penna* — lämna skriftligt meddelande på bilen. X har emellertid avlägsnat sig från platsen *utan att ha vidtagit någon dylik åtgärd*. Ägaren till den påkörda bilen erhöll kunskap om X identitet genom andra personers iakttagelser. *Hon hade ännu icke på tredje dagen efter händelsen, då ägaren fick kontakt med hennes make, givit sig till känna för ägaren.* Hennes uppgift om att hon inte haft för avsikt att undandraga sig sina skyldigheter finner HovR:n därför vederlagd. X är förty förvunnen till ansvar för obehörigt avvikande från trafikolycksplats” (min kurs).

Vad angår det första rättsfallet, är det förbjudet att ta saker som inte är borttappade. Beträffande det andra fallet stadgas i §5 TBL, att den som är inblandad i en trafikolycka är skyldig att anmäla denna. Den som tar en sak som inte är borttappad, resp kör på en bil utan att anmäla skadan till ägaren av den påkörda bilen, bryter således mot en rättsregel. Enligt rättsfallen synes det nu, som om enbart det förhållandet att en norm inte efterlevts, utgör tillräcklig bevisning för avsikten med en handling.

Normer ger, som ovan nämnts, upphov till erfarenhetssatser; människor handlar i allmänhet enligt normer, såväl rättsliga som sociala. Följaktligen kommer den som bryter mot en norm att handla i strid mot vad som erfarenhetsmässigt gäller. Därmed får ett sådant handlande också ett visst bevisvärde för existensen av en viss avsikt hos den handlande. Det ifrågavarande bevisvärdet bygger emellertid endast på en *generell genomsnittssannolikhet*, och abstraherar således helt ifrån omständigheterna i det individuella fallet. Bevisvärdet blir därför *lågt*. Enbart det förhållandet att en norm överträts bör därför enligt mitt förmenande inte — såsom i rättsfallen — anses kunna utgöra tillräcklig bevisning för existensen av en viss avsikt. Detta gäller i vart fall så länge vi inte rör oss med mycket låga beviskrav.

Bortsett från att en handling, som innebär att en norm överträds, kan äga ett visst bevisvärde, framstår den ofta, vilket ovan påpekats, som klandervärd, varför den förklaring som lämnas till varför handlingen utfördes också torde värderas utifrån synpunkten av om förklaringen gör handlingen ursäktlig. Enligt min mening framgår tydligt av

rättsfallen — genom hänvisningen till vad de handlande borde ha gjort — att ett klander riktats mot personerna ifråga. Det synes vidare som om klandret varit så starkt att förklaringarna nära nog lämnats helt utan avseende. Onekligen ligger det en fara i att moralisera bevisvärderingen på detta vis. Fakta bör fastställas med sakskäl och inte med moral-, d v s känsluskäl. I de båda rättsfallen kan det fö mycket väl röra sig om *rättsvillfarelse*, och den som inte känner till innehållet i en norm kan naturligtvis inte ha för avsikt att undandra sig en i normen föreskriven skyldighet att handla på ett visst sätt.

Avslutningsvis skall framhållas, att det givetvis inte bör få förhålla sig så, att om en rättsregel eller vedertagen social norm föreskriver att man i en viss situation skall bete sig på ett visst sätt, samma förhållningssätt i rättegång anses utgöra bevis till den handlandes nackdel. Vi har rätt att begära ett någorlunda konsekvent hållningssätt härvidlag. Ibland är emellertid gränserna svårdragna. Vi handlar t ex enligt en godkänd norm när vi tar vara på en borttappad sak och sedan lämnar den till polisen. Blir vi sedan anklagade för stöld innan vi hunnit till polisstationen, med hänvisning till att saken enligt gällande rätt inte kan anses som "borttappad", ställer vi oss kanske helt oförstående till denna anklagelse. På grund av att inga exakta gränser kan dras mellan vad man får resp inte får göra kommer emellertid alltid sådana situationer att uppstå där vi handlar felaktigt. Men detta bör inte generellt få den konsekvensen att vi tillskrivs ohederliga avsikter.

Jag nämnde inledningsvis fyra problem som aktualiseras vid bedömningen av handlingar och skäl till handlingar och har nu kommit till det tredje problemet. Detta består i att det finns en risk för att domstolen — särskilt om det rör sig om ett lindrigt brottmål — sänker beviskravet för brottets *subjektiva sida*, om en person genom sitt handlande uppfyllt de objektiva rekvisiten i ett straffstadgande. Det "enda" som då återstår är brottets subjektiva täckning, d v s frågan om uppsåtet, och domstolen kan nog, *av psykologiska skäl*, lätt resonera som så, att den i sådana fall kan ta en större risk (d v s sänka beviskravet) eftersom själva handlingssättet då ofta framstår som moraliskt klandervärt⁶⁷. Vi får emellertid inte heller glömma bort att bevissvårigheterna är betydande vid uppsåtsbedömningar och att beviskravet kan sänkas också av denna anledning.⁶⁸

⁶⁷ Jfr Bolding: Sannolikhet och bevisvärdering i brottmål i SvJT 1953 s 318 ff.

⁶⁸ Tillägnelseuppsåt är ju ett rekvisit, och kan liksom andra rekvisit preciseras i olika riktningar. Vad rätten vill veta är vilken avsikt en person hade, och denna avsikt försö-

Domstolen bör givetvis inte sänka beviskravet enbart av den anledningen att ett handlingssätt framstår som moraliskt klandervärt p g a att de objektiva rekvisiten i ett straffstadgande uppfyllts. Huruvida dessa förekommer i praxis ger domskälen inte besked om. Som jag tidigare påpekat förekommer det ganska ofta att domstolen i fall som dessa säger att det inte kan uteslutas att förklaringen är riktig, vilket tyder på ett högt beviskrav. Men i dessa fall ser man också ganska ofta att domstolarna kommer till olika uppfattning, och att det förekommer skiljaktiga meningar inom samma domstol. Detta kan bero på att beviskraven — tex av ovan angivna skäl — bestäms olika av olika domare. Det kan också bero på att bevisbedömningen av vissa ges en moraliserande karaktär, men också helt enkelt på att den kognitiva värderingen utförs olika. Slutligen kan det också bero på att rekvisitet ”tillägnelse-upsåt” preciseras olika av olika domare.

Det fjärde problemet slutligen, vilket sammanhänger med det första, men som dock inte rör enbart uppsåtsbedömningar, rör frågan hur långt undersökningen av det enskilda fallet bör drivas. Är det tex rimligt, att när det gäller ett bagatellbrott, lägga ner mycken tid och pengar på att i detalj försöka analysera vilka motiv som ligger bakom en enskild individs handlande? Ett försök till noggrann undersökning av vilka erfarenhetssatser som är relevanta i det enskilda fallet ger rättsskydd för den enskilde individen, å andra sidan torde vådan av ett felaktigt avgörande i en lindrig sak inte anses vara lika stor som om det rör sig om ett grovt brottmål.

Förvisso förefaller det enkelt, och kanske också försvarligt, ifall rätten direkt griper den erfarenhetssats som är allmän och tydlig, då andra

ker väl rätten att enligt ett behaviouristiskt synsätt sluta sig till från de vidtagna handlingarna. Enligt principen om fri bevisprövning kan nu vilken handling som helst — som antas stå i bevisrelation till avsikten — betraktas som bevis. Man kan emellertid tänka sig att vissa handlingar tillmäts större betydelse än vad sannolikheten motiverar p g a att uppsåt är svårbevisat. Tex kan det förhållandet att någon dolt en vara tillmätas extra stor betydelse. Rekvisitet kan m a o ha preciserats på ett sådant sätt att vissa händelser, typiskt sett, anses utgöra tillräckliga bevis för stöldavsikt. Beviskravet för att handlingarna ifråga har vidtagits kan emellertid fortfarande vara högt, men eftersom temat sas insnävats genom en precisering uppkommer en bevislättnad för åklagaren. Huruvida rekvisitet tillägnelse-upsåt i praxis preciserats mot olika fallgrupper har jag emellertid inte undersökt. Jag pekar här endast på möjligheten att förfara på det angivna sättet. Påpekas bör att en sådan normprecisering knappast kan anses komma i konflikt med principen om fri bevisprövning. Vad som skall bevisas är nämligen en rättsfråga. Sedan följer av RB 35:1 att de bevis som införts i målet rörande detta tema får värderas fritt. Jfr avsnitt 1.4, 3.6.6 och 11.3.1.

erfarenhetssatser, som eventuellt kan vara relevanta, är okända, och då det skulle kosta tidsutdräkt och möda att driva undersökningen längre för att eventuellt finna dessa erfarenhetssatser. Resultatet av en sådan utvidgad undersökning skulle också kunna leda till att läget fortfarande är ovisst; inga nya relevanta erfarenhetssatser har upptäckts. Har tex en person i ett varuhus stoppat på sig kläder kan detta naturligtvis bero på något annat än att vederbörande hade stöldavsikt. Vad som är tydligt här är emellertid att det finns en allmän erfarenhetssats av betydande styrka som säger att den som i en affär stoppar på sig kläder i regel har stöldavsikt. Vad däremot gäller trovärdigheten av de förklaringar till beteendet som lämnas, kan det vara fullkomligt ovisst om de aktualiserar tillräckligt tillförlitliga erfarenhetssatser. I ett sådant läge kan det därför vara lätt att direkt gripa den erfarenhetssats som sas finns färdig för användning, utan att bemöda sig om att närmare analysera fallet och se om det tex möjligen kan finnas flera vaga erfarenhetssatser vilka kan bilda en ny mer optimal sats.

Det är enligt min mening inte rimligt att i ett lindrigt brottmål driva undersökningen lika långt som i ett grovt brottmål. Mycket fullständiga undersökningar kostar nämligen pengar och tidsutdräkt och värdet av en riktig dom måste ställas i relation dels härtill och dels till vilka värden som står på spel.⁶⁹ Jag vågar också påstå att detta är vad som sker i praxis. Alla vet att i tex grova brottmål mycket noggranna undersökningar görs, att de är av ett helt annat omfång än i tex ett snatterimål. Även om undersökningen i de lindriga målen inte kan drivas lika långt som i grova brottmål, bör emellertid rätten inte direkt gripa den eller de erfarenhetssatser som är sas färdiga för användning, utan vara öppen för att med hjälp av olika vaga satser konstruera nya, och att fylla ut befintliga erfarenhetssatser dvs luckor i dessa, med antaganden om rimliga samband.⁷⁰

6.9 Konstruktion av erfarenhetssatser

6.9.1 Inledning

Det hävdas i regel att en erfarenhetssats, för att den skall få användas, skall uttrycka en *regularitet*, samt ha en viss grad av *tillförlitlighet*.⁷¹

⁶⁹ Jfr avsnitt 9.5 angående det juridiska sanningsbegreppet.

⁷⁰ Angående konstruktion av erfarenhetssatser, se nedan avsnitt 6.9.

⁷¹ Se Rödig s 244.

Vad angår kriteriet på tillförlitlighet, så uttrycks detta ofta så, att erfarenhetssatsen skall vara känd och hållen för riktig av flertalet andra personer.⁷²

Man kan ställa sig kritisk till de krav som ställs på erfarenhetssatserna, då tanken synes vara att det skall finnas tillförlitliga erfarenhetssatser *färdiga för användning* på det föreliggande fallet med alla dess enskildheter. Erfarenhetssatserna är naturligtvis av grundläggande betydelse, men i många fall finns det inte en färdig erfarenhetssats för hela den händelse som skall bedömas, och än mindre finns det färdiga erfarenhetssatser för varje moment som ingår i en händelse. Att det saknas färdiga erfarenhetssatser bör naturligtvis inte alltid medföra att vi inte anser oss kunna göra ett uttalande om sannolikhet. Uppgiften vid bevisvärdering blir i stället att söka genom analys sammanställa en optimal erfarenhetssats. Denna verksamhet sker då *sui generis* utifrån vad som finns tillgängligt i det individuella fallet.⁷³ Bevisvärdering innefattar därmed även, som vi i det följande exemplet kommer att se, en *konstruktiv* verksamhet.

6.9.2 Ett exempel

Bakgrund: En äldre person har stoppat på sig några varor inne i en butik och inte betalat vid utgången. Han lämnar nedanstående förklaringar till sitt beteende. Först kan vi emellertid formulera följande allmänna erfarenhetssats:

Den som stoppar på sig en vara inne i en affär, och inte betalar vid utgången, har i regel tillägnelseuppsåt.

Förklaring 1. Den misstänkte förklarar att anledningen till att han stoppade ner varorna i fickan var att han hade så mycket att bära i händerna.

Fråga: Finns det någon allmän erfarenhetssats som säger att folk som har mycket att bära i händerna, när de är inne i en butik, stoppar ner varor i fickorna?

Förklaring 2. Jag glömde att betala då jag p g a min ålder är en aning glömsk.

⁷² Se t ex Musielak s 93: "Denn ein gesicherter Satz der Lebenserfahrung — und nur geschicherte Erfahrungssätze dürfen berücksichtigt werden — setzt im allgemeinen voraus, dass er von vielen geprüft und für richtig befunden wurde". En liknande formulering finner vi hos Nagel s 105. Jfr också not 54 i avsnitt 6.7.

⁷³ Rödigs s 245. Se också Döhring s 340, som angående erfarenhetssatserna säger: "Diese stellen vielmehr lediglich das material dar, aus dem durch Abstraktion eine Regel abgeleitet wird".

Fråga: Finns det någon allmän erfarenhetssats som säger att gamla människor är glömska, och att de brukar glömma att betala för sig inne i en butik p g a denna sin glömska?

Förklaring 3. Jag glömde att betala därför att jag hade bråttom till jobbet och blev nervös för att komma för sent.

Fråga: Finns det någon allmän erfarenhetssats som säger att de som har bråttom till jobbet och är nervösa för att komma för sent brukar glömma att betala?

Om man betraktar varje förklaring för sig och kräver att de skall ha *positivt* stöd i allmänna erfarenhetssatser, får man förmodligen nära nog helt bortse från förklaring 1 och 3. Någon erfarenhetssats för hur folk betar sig just i den situationen att de har mycket att bära i händerna har vi inte. Förmodligen talar dock en erfarenhetssats i motsatta riktningen, d v s i denna situation stoppar de flesta inte ner varor i fickorna. Kollektivet består här av antalet individer som har mycket att bära i händerna inne på ett varuhus (X), vilket antal ställs i relation till antalet medlemmar i kollektivet som av denna anledning stoppar ner varor i fickorna (Y).⁷⁴ Frekvensen (y/x) får naturligtvis uppskattas fritt. Om frekvensen skulle vara 0,2 innebär detta (om vi endast beaktar frekvensen ifråga) att sannolikheten är 0,8 för att personen stoppat ner varan i fickan av någon annan anledning än att han hade mycket att bära i händerna. Å andra sidan är det i och för sig inte en orimlig förklaring som personen lämnar. Det kan tänkas att anledningen till att han stoppade ner varorna i fickan var att han hade mycket att bära i händerna, men någon allmän erfarenhetssats som stöder detta påstående finns alltså knappast. Menar man nu att förklaringen måste ha positivt stöd i en allmän erfarenhetssats kommer den att få lämnas utan avseende.

Vad gäller förklaringen att underlåtenheten att betala berodde på glömska, så finns här en erfarenhetssats som säger att glömska människor brukar glömma både det ena och det andra. Men det kan ju vara så att en person är glömsk i vissa avseenden men inte i andra. De flesta har sedan barnsben fått inpräglad i sig att göra rätt för sig, och det kan väl tänkas att de är glömska, men att de likväl brukar komma ihåg en så viktig sak som att betala för sig när de handlar. Glömska är relativ till olika handlingar, och erfarenhetssatsen blir på detta vis osäker. Det skall vidare påpekas att rätten i praktiken inte kan göra någon undersökning av riktigheten av påståendet från den tilltalade att han

⁷⁴ Angående frekvensteorin, se avsnitt 4.2.

är glömsk. Kanske denne bara hittat på detta som ursäkt. Påståendet torde i regel få godtas.

Slutligen finns det knappast någon erfarenhetssats som säger att de som har bråttom till jobbet och är nervösa för att komma för sent, brukar glömma att betala för sig. Förhållandet mellan antalet medlemmar i detta kollektiv och antalet av dem som i denna situation kommer ihåg att betala torde vara sådant, att en stor majoritet kommer ihåg att betala. Här gäller således, liksom beträffande förklaring nr 1, att ifall det krävs att förklaringen skall ha stöd i en allmän erfarenhetssats, denna får lämnas utan avseende.

Om man sålunda kräver att varje förklaring skall ha positivt stöd i en allmän erfarenhetssats för att få beaktas, får man nog lämna förklaring nr 1 och nr 3 utan avseende. Och häri ligger den stora faran i den starka betoningen av de allmänna erfarenhetssatsernas betydelse vid bevisbedömningen. Dessa får helt enkelt inte användas så, att varje bevis skall kunna subsumeras under en allmän, d v s färdig, tydlig och tillförlitlig erfarenhetssats, för att få beaktas.⁷⁵

Som ovan nämnts finns det nog en allmän erfarenhetssats som säger att de som på ett varuhus stoppar på sig en sak i regel har tillägnelseuppsåt. Men frågan gäller vilka *de* är. Det finns de som stoppar på sig saker i varuhus, och som i regel inte har tillägnelseuppsåt. Det gäller alltså att fundera över om den tilltalade möjligen kan tillhöra en sådan grupp. Antag att vi tror, att de som inte tidigare dömts för snatteri eller stöld, levt ett oklanderligt liv, är kända för hederlighet och rättrådighet, i regel, om de stoppar på sig en vara i en butik, inte har tillägnelseuppsåt, utan i stället gjort detta av glömska. Om vi lyckas precisera en sådan erfarenhetssats, och den tilltalade passar in på denna, blir resultatet tvärt emot vad som tidigare antagits. Det förhållandet att den tilltalade stoppat ner saken i fickan blir ett bevis för glömska, vilket ju utesluter

⁷⁵ Jfr Döhring s 447 och Greger s 114 f, vilka menar att om bevisvärderingen knyter till objektiv frekvenssannolikhet, d v s till empiriskt säkerställda frekvenser, det blir alldeles för lätt att uppnå erforderlig sannolikhetsgrad och att domaren därmed inte aktivt kommer att försöka utreda sanningen. De hänvisar därför till domarens "övertygelse". Det räcker således inte med att den objektiva frekvenssannolikheten är tillräcklig. Domaren måste också känna en inre övertygelse om att bevisningen är tillräcklig. Man kan ju här påpeka att det vid användningen av objektiv frekvenssannolikhet också kan bli mycket *svårt* att uppnå erforderlig sannolikhetsgrad. Som framgick i kapitlet om sannolikhetsbegreppet (se avsnitt 4.2) är det emellertid, inom ramen för den objektiva frekvensteorin, möjligt att konstruera fiktiva klasser. Rädslan för att frekvensteorin minskar ambitionen att utreda sanningen framstår därför som överdriven.

tillägelseuppsåt. På motsvarande sätt vore det i och för sig tänkbart att närmare undersöka om det finns en erfarenhetssats som säger att det är mycket troligt, att vissa personer glömmer att betala just i den situation som den tilltalade befann sig i, och att kontrollera om den tilltalade tillhör denna grupp.

Vad jag velat visa är bl a att det är viktigt att försöka utreda och precisera de erfarenhetssatser som kan knytas till det föreliggande fallet. Att bara säga att de som gör si eller så har tillägelseuppsåt, utan att närmare avgränsa erfarenhetssatsen, är slapt och farligt. I sammanhanget är det också viktigt att framhålla att en erfarenhetssats är allmän även om den bara gäller för en *begränsad population*. För att en erfarenhetssats skall vara allmän behöver den således inte beskriva hur folk i allmänhet betar sig.

Av exemplet framgår också att man kan börja med en mycket allmän erfarenhetssats, d v s en sådan som refererar till en stor population, för att sedan arbeta sig ned mot mer specificerade frekvenser. Idealet är naturligtvis att hitta en färdig frekvens som passar på det föreliggande fallet, med alla dess detaljer, men en sådan kan man inte finna. För det individuella fallet, med alla dess enskildheter, finns ingen färdig erfarenhetssats. I det läge där man inte har tillgång till en erfarenhetssats kan man konstruera en sådan. Man gör då en *fiktiv klass* av det individuella fallet.⁷⁶ Hos Bolding finns ett utmärkt exempel på en sådan konstruktion:

En olycksfallsförsäkrad person hade hittats sittande död inne i sin bil i sitt garage. Han hade dött av koloxidförgiftning. Fråga uppkom om han avlidit av en olyckshändelse eller begått självmord. Motiv till självmord fanns. Det framkom bl a att den avlidne hos en bankinrättning olovligen pantsatt sin dotters kapitalräkningsbok, och i samband därmed förfalskat hennes namn, något som skulle komma i dagen inom en snar framtid. Det upplystes å andra sidan att den avlidne inte vidtagit några åtgärder för framtiden, samt att hemförhållandena var goda, vilka omständigheter ansågs tala mot självmordshypotesen.⁷⁷

Bolding säger att man i detta läge är intresserad av frekvensen av självmord i Sverige, men att denna frekvens får liten betydelse när situationen individualiseras.⁷⁸ Frekvensen är säkert, enligt Bolding, högre,

⁷⁶ Angående skapandet av fiktiva klasser inom ramen för den objektiva frekvensteorin, se avsnitt 4.2.

⁷⁷ Bolding: Bevisbördan s 56.

⁷⁸ A a s 58.

bland de som begått brott och hotas av upptäckt, än bland dem som lever ett lyckligt familjeliv.⁷⁹ Om personen tillhör båda dessa klasser, som i exemplet, står man oviss. Bolding konkluderar:

”Den ursprungliga (verifierbara) frekvensen får bilda utgångspunkten, då man söker sig fram till de mera speciella frekvenserna. Ju närmare läget kan bestämmas, dess svårare blir det att finna en tillämplig siffra, och när läget, såsom i rättsfallet från 1942, framstår i dess helt individualiserade form, måste man, om man överhuvudtaget skall medvetet laborera med frekvenssynpunkten, göra ett ungefärligt hypotetiskt antagande, som kan åskådliggöras av följande tankegång: Här är saken tveksam. Om man antar att flera mål förelåg, där bevismaterialet hade exakt samma beskaffenhet som i detta mål, så skulle man tydligen ej kunna förmoda att olyckshändelse förelegat i alla fallen. Man kan emellertid förmoda att olyckshändelse skulle ha förelegat i de flesta av fallen.”⁸⁰

Zahle har kritiserat Boldings resonemang i det ovanstående exemplet. Zahle menar att det saknas grund för antagandet att en olyckshändelse skulle ha förelegat i de flesta fallen.⁸¹ Jag är böjd att hålla med Zahle, att man faktiskt inte har en aning om hur det kan ligga till. Man skulle i detta läge kunna säga att alternativen — självmord eller olyckshändelse — är lika sannolika. Detta kallar Oxenstierna för den *felande grundens lag*.⁸² En modernare beteckning är *indifferensprincipen*.⁸³ Denna innebär alltså att om vi skall ta ställning till två alternativ, och saknar grund att tro på något av dem, de är lika sannolika.⁸⁴ Sannolikheten för självmord skulle enligt denna princip vara 0,5, och sannolikheten för olyckshändelse lika stor. Indifferensprincipen blir emellertid högst problematisk om alternativen blir flera än två,⁸⁵ och även om det bara finns två alternativ, kan man ifrågasätta om sannolikheten bör graderas på detta vis. Jag går inte närmare in på detta utan hänvisar den intresserade läsaren till Oxenstierna, som har många, bitvis roande exempel, på de egendomliga resultat som användandet av indifferensprincipen kan leda till. Här skall endast påpekas, att indifferensprincipen inte kan sätta till stånd ett avgörande om alternativen är *precis* lika sannolika. Det skall också framhållas att en diskussion om sannolik-

⁷⁹ A st.

⁸⁰ A a s 58 f.

⁸¹ Zahle s 235.

⁸² Oxenstierna s 135.

⁸³ Halldén: Sannolikhetens logik s 17.

⁸⁴ Oxenstierna s 136.

⁸⁵ A st. Se även Keynes s 44.

heter i fall som detta, inte kan föras utan ett hänsynstagande till bevisbördereglerna.⁸⁶

Jag återvänder nu till exemplet om den presumtive snattaren och preciseringen av erfarenhetssatserna. Det förefaller som om det skulle kunna vara olämpligt att — som ovan skett — strukturera bevismaterialet alltför hårt. Ser vi nämligen till den *totala situationen* kan man mycket väl föreställa sig att den tilltalade saknade tillägnelseuppsåt. Om däremot materialet sönderdelas och vi ur detta dissekerar fram erfarenhetssatser för varje bevis- och hjälpfaktum, och bedömer dessa för sig, försvinner den bild som *det samlade* bevismaterialet ger. En långtgående analys torde rent av kunna föranleda att allt bevisvärde försvinner. Om jag sålunda i stället för att dela upp händelser och förklaringar på erfarenhetssatser och möjliga sådana, som jag gjorde i exemplet, ställer frågan: Finns det någon erfarenhetssats som säger att en äldre tankspridd man, som har bråttom därför att han är nervös för att komma för sent till jobbet, dels stoppar ner en vara i fickan och dels glömmer bort att betala för denna, så förefaller här att finnas en starkare erfarenhetssats som talar till den tilltalades förmån, än vad som blir fallet om varje omständighet betraktas för sig.

6.9.3 Om värdeметoden och dess syn på optimala erfarenhetssatser — kritik

Värdeметoden som jag tidigare behandlat,⁸⁷ menar att materialet nog-samt skall sönderdelas och analyseras; varje bevis- och hjälpfaktum skall bedömas för sig m h t respektive erfarenhetssats. Angående temaметoden, som är mer benägen att göra en samlad bedömning, säger Stening, just med hänvisning till det av mig redovisade exemplet av Bolding:

”Genom en sådan kumulation av nya omständigheter får vi hela tiden nya frekvenser, varvid den nya alltid konsumerar alla de föregående. Den optimala erfarenhetssatsen är enligt denna metod den, som innefattar så många relevanta omständigheter som möjligt. Att resonera på detta sätt är emellertid ohållbart, eftersom slutmålet är en *unik situation* som vi följaktligen inte kan ha erfart. Möjligheterna att ha en erfarenhet av en speciell situation måste minska med antalet omständigheter som ingår i situationen. Av den anledningen är värdeметoden att föredra, eftersom enligt denna varje enskild omständighets betydelse *måste* bedömas för sig.”⁸⁸

⁸⁶ Hur gör man t ex om alternativen skulle råka vara *precis* lika sannolika?

⁸⁷ Se avsnitt 4.4.

⁸⁸ Stening: Bevisvärde s 41 (min kurs).

Jag är inte alls övertygad om att Stening har rätt i detta sitt uttalande. Det är ju den unika situationen som skall bedömas, och jag kan inte se att kunskapen av hur det ligger till i just denna situation ökar — vilket antyds — genom att varje enskild omständighet bedöms för sig. Vet jag ingenting när jag gör en samlad bedömning under en bred erfarenhetssats, finns det knappast skäl att tro att min kunskap ökar genom en långtgående analys och sönderdelning av materialet enligt Stenings recept. Men om jag finner en sannolikhet vid en samlad bedömning under en bred erfarenhetssats, finns det en stor risk för att denna sannolikhet försvinner när materialet sätts under analysapparaten.

Nu säger visserligen Stening att domaren vid sitt slutliga ställningstagande till det sammanlagda bevisvärdet måste utnyttja allt tillgängligt material. Härmed menas dock inte att fakta skall söka subsumeras under en optimal erfarenhetssats, eller att en intuitiv helhetsbedömning skall ges företräde framför analysen, utan att bevisvärdet för ett faktum skall bestämmas först sedan allt relevant material framkommit.⁸⁹

Beträffande Stenings huvudinvändning, att temametoden inte kan användas därför att slutmålet är en unik situation som vi inte kan ha erfart, så kan det naturligtvis synas vara en ren motsägelse att hävda att det är möjligt att subsumera det enskilda fallet under en erfarenhetssats. Som Regnell påpekat är det emellertid enkelt att visa att denna invändning inte är hållbar. Vi kan nämligen konstruera en erfarenhetssats eller en generell lag med hjälp av andra kända erfarenhetssatser och lagar. På det angivna viset kunde den första månvandringen förutsägas, trots att händelsen var unik och vi således inte tidigare erfart den.⁹⁰ Vi kan också fylla ut ofullständiga erfarenhetssatser med antaganden om rimliga samband.⁹¹

Jag vill alltså varna för att en långtgående analys kan leda till att

⁸⁹ A a s 48 ff och 67 ff.

⁹⁰ Regnell: Att beskriva och förklara s 129.

⁹¹ Förutom Regnell a st, se också Halldén: Sannolikhetens logik s 10, som säger att man kan utgå från en bunden induktion och göra ett fritt induktionsslut till en frekvens som avser ett vidare område för att härfter använda den konstruerade frekvensen på det icke iakttagna. Jfr även Bolding: Sannolikhet och bevisvärdering i brottmål i SvJT 1953 s 333, som säger att en statistisk frekvens som inte är direkt tillämplig kan ge ett användbart grundvärde. Se också Guldberg: Om bevisprövning och sanningsplikt, i SvJT 1948 s 88: "Om ett led i ett händelseförlopp vet man exempelvis icke exakt hur det tittar ut i verkligheten, men av föregående och efterföljande moment, vilka äro fullt kända, sluter man sig till det mellanliggande ledet." Guldberg anser fö (s 89) att det är rimligt att domaren i tvistemål har något större frihet att komplettera bevisningen med allmänna erfarenhetssatser.

helhetsbilden försvinner och därmed sannolikheten på samma gång. Värdeметoden förefaller att ha gjort den långtgående analysen till ett självändamål och inte beaktat, att erfarenhetssatser faktiskt kan avse inte bara enskilda fakta, utan flera fakta i förening. En erfarenhetssats kan, som ovan framgått, säga att om fakta a, b och c, så T. Enligt värdeметoden "måste" nu varje enskild omständighet bedömas för sig, vilket torde innebära att man inte skall använda sig av denna bredare erfarenhetssats, utan bryta sönder denna och söka de specifika erfarenhetssatser som gäller för de enskilda fakta a, b och c visavi T. Konsekvensen av en sådan analys kan, som framgått, bli att fakta inte ses i det sammanhang där det finns en erfarenhetssats som ger dem betydelse.

Mot detta resonemang skulle värdeметoden kunna tänkas invända, att om fakta först i sammanhang med varandra får betydelse, det rör sig om *ett* bevis och inte om flera. Bevisen skulle m a o vara beroende av varandra. I så fall skulle även enligt värdeметoden inte någon sönderbrytning av erfarenhetssatsen ske. Enligt min mening kan man dock inte avfärda resonemanget på detta enkla vis. Vi kan här titta på exemplet med den gamle mannen som i ett varuhus stoppat ner varor i fickorna. Man kan i detta fall i och för sig betrakta de olika händelserna och förklaringarna som självständiga bevis som är oberoende av varandra, men man kan också försöka att sammanföra dem under en erfarenhetssats; finns det någon erfarenhetssats som säger att en äldre tankspridd man, som har bråttom och är nervös för att komma för sent till jobbet dels stoppar ner varor i fickorna och dels glömmer att betala för sig. Genom att sammanställa händelserna och förklaringarna på detta vis under *en* erfarenhetssats blir förklaringen om glömska mer trovärdig än om man söker de specifika erfarenhetssatser som gäller för varje moment i situationen.⁹²

Jag vill inte förneka att det ibland kan vara en fördel med att analysera varje omständighets betydelse för sig mht den specifika erfarenhetssats som är relevant för denna, tex kan dubbelräkning av bevis lättare undvikas. Men förutsättningen är då bla att det verkligen finns en erfarenhetssats för just denna omständighet. Erfarenhetssatserna eller livets regler som de också kallas, gäller emellertid inte bara för enskilda fakta utan även för mer sammansatta och komplexa situationer och händelser, och det är att göra våld på dessa satser att kräva att varje omständighet skall analyseras för sig.

⁹² Se mer om detta nedan avsnitt 6.9.4.

I sammanhanget vill jag också påpeka att bevisvärderingen är underordnad rättsreglerna, och att frågan hur långt preciseringen av erfarenhetssatserna skall drivas är beroende av hur långt man går med preciseringen av bevis temat, och detta är sist och slutligen en rättsfråga. Presumeras tex äganderätt eller culpa som komplext faktum kan det ju aldrig bli aktuellt att fördela erfarenhetssatser på de olika fakta som konstituerar komplexet.

6.9.4 Ett åskådningsexempel — teleologisk bevisvärdering

Jag har ovan talat om bl a konstruerandet av erfarenhetssatser, om handling och orsak, samt ställt mig skeptisk till värdemetodens sätt att angripa bevisfrågor. I det följande skall jag försöka tillämpa mitt synsätt på ett konkret exempel, varvid samtidigt skillnaden mellan detta — temametodiska synsätt — och det värdemetodiska mer explicit kommer att formuleras. Det exempel som skall användas har vi tidigare till viss del bekantat oss med. Här kommer det i sin helhet. Det bygger på rättsfallet NJA 1965 s 398.

Den 64-årige banktjänstemannen Pettersson är åtalad för att ha snattat en filmrulle på Åhlens. Pettersson har själv berättat följande: Han hade varit inne på Åhlens för att köpa ficklampsbatterier och en fällkniv, och då kommit på att han behövde en filmrulle till kameran. Han gick därför till fotoavdelningen och valde där en filmrulle. Han stannade kvar ett tag på fotoavdelningen för att tala med en expedit angående en stege som han köpt tidigare. Expediten var emellertid upptagen av en annan kund, så efter att ha väntat ett par minuter gick han därifrån för att införskaffa ficklampsbatterier och en pennkniv. Sedan han gjort detta fick han så mycket att bära — han hade nämligen bankens post hopklämd under ena armen — att han stoppade ner filmrullen i fickan. Han återvände sedan till expediten för att få tala med henne, men hon var fortfarande upptagen med kunden. Han stod och väntade ca 10 min på att expediten skulle bli ledig. Då besöket drog ut på tiden blev han nervös för arbetets skull. Banken skulle strax öppna och på fredagarna brukade det vara extra många bankkunder. På banken fanns bara en anställd förutom honom. Han fick därför bråttom och skyndade mot kassan, betalade ficklampsbatterierna och fällkniven, och gick till sin bil som stod parkerad utanför banken. När han satte sig i bilen kom han ihåg att han hade glömt att betala filmrullen. På grund av oron för arbetet, och då han tyckte att det var olustigt att gå in och tala om att han hade fått med sig en filmrulle utan att betala för den, underlät han att återvända till affären. Han avsåg att senare under dagen göra rätt för sig och lade filmrullen väl synlig i framsätet för att komma ihåg detta. Han var nämligen glömsk av sig.

Efter anmälan från Åhlens uppsökte polismännen Svensson och Lundin Pettersson på dennes arbetsplats för att höra honom om tillgreppet. Polismännen har berättat i huvudsak följande: Pettersson ställde sig från början helt oförstående till påståendet om tillgreppet. Sedan de sagt att de skulle genomsöka Petterssons bil medgav han att han hade en filmrulle liggande i bilen, men att han medfört denna från sin bostad. Efter ytterligare frågor om inte filmrullen var den som han påstods ha tillgripit på Åhlens svarade Pettersson: "Jo, jag föll." Han hade sedan tagit deras händer, brustit i gråt och förklarat att han skulle skjuta sig. Pettersson förklarade för dem att han hade haft så mycket att bära att han stoppat filmrullen i fickan och glömt bort att betala för den. De uppfattade Petterssons yttrande som ett klart erkännande av tillgreppet.

Pettersson erkände sedan att han yttrat sig som polismännen uppgett, men förklarade att han menat säga att han "föll för fegheten" att omedelbart återvända till varuhuset och betala för filmrullen.

Vi beskriver händelser och väljer ut fakta i ett händelseförlopp som skäl att tro något under antagandet att den handlande hade ett visst syfte med sina handlingar. Handlingarna betraktas som *medel* att uppnå ett visst *mål*. Sålunda beskrivs Petterssons (P:s) handlingar mot bakgrund av påståendet att han hade tillägnelseuppsåt (T). Då P:s handlingar ställs i relation till ett antaget mål hos honom, kommer vissa handlingar att betraktas som väsentliga och andra som oväsentliga, t ex blir det ju ointressant med hänsyn till temat om P stannade upp, kammade håret och snöt sig. Sådana händelser tas inte med i beskrivningen och förklaringen därför att de är oväsentliga m h t ett antaget tema. Hänsyn måste givetvis också tas till fakta som talar för att P inte hade tillägnelseuppsåt (-T).

Vi måste således försöka beskriva och förklara P:s handlingar mot bakgrund av två helt motsatta antaganden.

Klart är emellertid att när utredningen startar, syftet hos polis och åklagare primärt är att försöka bevisa att P hade T, och det är väl möjligt, kanske rentav högst troligt, att de är benägna att värdera P:s handlingar så att beskrivningen och förklaringen passar till vad de försöker bevisa. Detta är i så fall allvarligt eftersom de har utredningsförfarandet i sin hand, och således i det viktiga initialskedet kan tendera att ge en ensidig förklaringsvariant. Detta problem skall dock inte diskuteras här. Vad jag vill visa är bl a, att fakta som talar för T, vilka jag här kallar för *minusfakta* också alternativt kan tala för -T, vara *plusfakta*, och att betydelsen av fakta är beroende av vilken erfarenhetssats som anses vara tillämplig. Jag återkommer snart till detta, men först ska jag kort beskriva hur värdemetoden betraktar motverkan. I det föreliggan-

de fallet kan det nämligen synas som om vi har att göra med huvudbevis (tex P:s beteende i affären och hans yttrande till polismännen) och motbevis (tex P:s utsaga om glömska).

Enligt värdeometodens motverkansformel avskiljer och delar man in fakta i plusfakta och i minusfakta. De förra anses då tala för -T och de senare för T. Enligt formeln skall man nu s a s från det sammanlagda värdet av plusfakta dra bort värdet av minusfakta. Denna räkneoperation förutsätter bl a att vissa fakta enligt erfarenheten talar för temat och andra emot detta, vilket kräver att vi har en hypotes om T och att fakta som talar för denna hypotes inte *samtidigt* kan vara fakta som talar för hypotesen -T.⁹³ Nu menar jag att frågan om ett faktum är ett plus eller minusfaktum beror på vilken erfarenhetssats som man anser är verksam i det aktuella fallet, och att man inte — i varje fall inte alltid — kan laborera med plus och minusfakta enligt vad som kan kallas *syntesmodellen*.

Vi kan i stället betrakta saken på två olika sätt. Antingen har vi att göra med en struktur som konsumerar en annan i och för sig tänkbar struktur, eller också rör det sig om två förklaringsmodeller som är *alternativa* och som således inte *konkurrerar* i motverkan.

Att man inte kan göra den syntes som förutsätts av värdeometoden, d v s räkna fram ett sammanvägt bevisvärde, har bl a att göra med att vi väljer att beskriva och förklara mot bakgrund av ett antaget mål med vissa handlingar. Förklaringarna blir *teleologiska*. Valet av mål för bevisvärderingen kommer att medföra att fakta inte *objektivt* kan åsättas ett visst värde eller ges en bestämd betydelse. Tvärtom kommer målet, d v s det antagna syftet med handlingarna, att göra att fakta inpassas i ett system eller sammanhang som passar det antagna syftet eller målet med handlingen. Vikten eller betydelsen av ett faktum kommer därmed inte att kunna ges ett objektivt värde, utan vara bestämt av det sammanhang, det mönster, vilket passar den målrelaterade förklaringen. Detta innebär bl a att om jag väljer att anta, att P saknat

⁹³ Angående motverkan, se Stening: Bevisvärde s 98 ff och Ekelöf: Rättegång IV s 36 ff. Se särskilt Stening a a s 98: "Då vi sålunda har bevis som talat för temat *på den ena sidan*, och bevis som talat emot temat *på den andra sidan*, är det av intresse att undersöka om det finns någon logisk modell för fastställande av effekten av en sådan motverkan" (min kurs). Kan fakta tolkas på olika sätt blir det inte frågan om motverkan eftersom motverkan förutsätter att vi har att göra med en entydig verklighet. Om skilda tolkningar pekar på olika möjliga verkligheter och fakta likväl pressas in i formeln blir resultatet missvisande eftersom formeln s a s formar materialet på sådant sätt att det resultat vi får fram ger sken av att det bara finns en möjlig tolkning av verkligheten. Jfr not 99 nedan.

T, hans handlingar kommer att värderas mot bakgrund av detta antagande. Fakta som talar för motsatsen eller synes göra detta kan då antingen betraktas som relativt oväsentliga eller — och detta är viktigt — försöka inpassas i den valda förklaringen.

Det är vidare väsentligt att åter påpeka, att vi många gånger saknar färdiga erfarenhetssatser under vilka vi kan inpassa det individuella fallet. Då vi saknar en allmän erfarenhetssats kan vi likväl bedöma det enskilda fallet. Vi kanske har en serie av händelser som täcks av allmänna erfarenhetssatser. Mellan vissa moment i händelsekedjan kanske erfarenhetssatser saknas. Vi kan då fylla ut dessa tomrum med antaganden om samband. Vidare kan vi genom att ta erfarenhetssatser från olika håll konstruera en helt ny erfarenhetssats, vilken vi antar är tillämplig på det föreliggande fallet. Att erfarenhetssatserna på detta vis blir konstruerade innebär givetvis inte att de är fantasifoster vilka saknar relevans på verkliga förhållanden. Vi måste ju förutsätta att de är någotsånär tillförlitliga.

Låt oss nu återvända till rättsfallet och välja ut vissa fakta i händelseförloppet mot bakgrund av antagandet att P hade T. Vissa handlingar blir då att betrakta som medel att uppnå detta mål, d v s att tillägna sig saken, och andra handlingar som konsekvenser härav. Att P stoppat ner och dolt filmrullen i fickan, att han inte betalade vid kassaspärren, samt att han inte återvände och gjorde rätt för sig när han upptäckte att han hade filmrullen i fickan, kan betraktas som handlingar (och underlåtenhet) syftande till att tillägna sig saken. Hans yttrande till polismännen och hans beteende inför dem kan betraktas som konsekvenser av att hans avsikt avslöjats.

Men låt oss nu i stället anta att P inte hade för avsikt att tillägna sig filmrullen. Som skäl att tro att han inte hade för avsikt att tillägna sig filmrullen, har i huvudsak nämnts att han är gammal och därför glömsk, att han hade bråttom till jobbet och var nervös för att komma för sent, att det var ett impulsköp och inte ett planerat köp, samt att han visste att ett butiksbiträde iakttog honom när han tog filmrullen från hyllan.⁹⁴

Betraktar vi nu dessa omständigheter som uppges tala mot T, och betraktar dem *var för sig*, finner vi att det — om vi bortser från den först- och sistnämnda omständigheten — saknas erfarenhetssatser för dem, eller att antagna erfarenhetssatser kan förmodas vara mycket svaga. Vi har t ex inte tillgång till någon erfarenhetssats som anger att det är vanligare att man glömmer betala impulsköp än planerade köp. Inte

⁹⁴ Se HD:s dom s 401 f.

heller har vi någon erfarenhetssats som säger att det är vanligt att de som har bråttom till jobbet och är nervösa för att komma för sent brukar glömma att betala. Och beträffande frågan varför P i första hand stoppade ner filmrullen i fickan, har vi inte tillgång till någon erfarenhetssats som säger att det är vanligt att folk i affärer stoppar ner varor i fickorna när de har mycket att bära. Betraktar vi nu dessa omständigheter var för sig, och letar efter erfarenhetssatser för dem, får vi nog säga att sådana saknas eller är mycket svaga. Tex torde de flesta som har bråttom till jobbet och är nervösa för att komma för sent komma ihåg att betala. Och de flesta som har mycket att bära i händerna tar nog vanligtvis en butikskorg i stället för att stoppa ner varor i fickorna. Den omständigheten att P visste att han var iakttagen när han tog filmrullen från hyllan talar emellertid särskilt starkt till P:s favör. Vi skall så småningom se hur just denna omständighet kommer att avgöra valet av erfarenhetssats.

Vi skall emellertid inte betrakta varje enskild omständighet för sig och söka erfarenhetssatser för dem, utan i stället betrakta den *totala situationen*. Vi kan då anta följande: Det är rimligt att tro att en person *i denna situation*, som är gammal och en aning glömsk och som är nervös för att inte hinna till jobbet och därför har bråttom, lätt glömmar att betala. Vi antar alltså att detta gäller. De övriga omständigheterna kan sedan ganska enkelt inpassas i detta förklaringsmönster. Man kan nämligen anta, att man *i denna situation*, lättare glömmar ett impulsköp än ett planerat köp, och att det i denna situation är förklarligt om man stoppar ner en vara i fickan; har man bråttom och har mycket att bära ger man sig kanske inte tid att hämta en butikskorg. Nu har vi stipulerat en stereotyp struktur, ett mönster, om a så b, om b så c, om c så d etc. För varje moment i denna kedja av händelser saknas, som visats, erfarenhetssatser eller också är de svaga, men *tillsammans* bildar de en helhet av relativt god bärkraft. Vi har sålunda konstruerat en optimal erfarenhetssats, ett specifikt mönster, vilket vi tror kan vara relevant i detta fall.

Men vad händer nu med de omständigheter som synes tala för att P hade T? Ja, om det förhåller sig så att det stipulerade mönstret gäller, dvs om man tror att en person i den aktuella situationen inte hade T, bör man ju säga att tex den omständigheten att han stoppat ner varan i fickan, och att han lämnat butiken utan att betala, inte utgör bevis för T. Gäller den antagna strukturen kan man ju med en viss grad av sannolikhet förutse att en person i den angivna situationen kommer att underlåta att betala. Att han inte betalar, kan då betraktas som ett

bevis för glömska, och inte som bevis för tillägnelseuppsåt. Ser vi vidare till P:s yttranden till polismännen, och hans beteende inför dem, är detta möjligt att förklara med hänvisningen till vissa psykologiska mekanismer. P nekade till att han tagit filmrullen, och yttrade sig som han gjorde, inte därför att han haft för avsikt att stjäla den, utan därför att han var rädd att de skulle tro detta.⁹⁵ Hans yttrande att han skulle skjuta sig kan också förklaras på detta vis. Förutsättningen för att man skall värdera yttrandena och beteendet på detta vis, är emellertid att man antagit det konstruerade mönstret. Antar man att en annan erfarenhetssats gäller, nämligen den att den som tar och döljer en vara och inte betalar för den har tillägnelseuppsåt, kommer naturligen P:s yttrandena och beteende att värderas som bevis för uppsåt.

Nu skulle man kunna invända, att mot bakgrund av olika antaganden så kan svart vändas till vitt och vice versa, men att det vid bevisvärdering råder osäkerhet om vad man skall anta, och att det är denna osäkerhet som skall söka undanröjas genom en *objektiv bedömning*. Häremot vill jag invända att olika händelser måste förklaras mot bakgrund av olika antaganden om syften när det gäller mänskliga handlingar. I annat fall kommer bedömningen att hänga i luften.

Fakta i händelseförloppet kan alltså få helt motsatta betydelser beroende på vilken erfarenhetssats som anses tillämplig på det föreliggande fallet. Antar jag att det finns en erfarenhetssats som säger att det är troligt att man i den angivna situationen glömmer att betala, blir den omständigheten att P tagit och dolt varan och hans övriga beteenden inte att betrakta som bevis för T. Dessa omständigheter kan nämligen inpassas i det antagna mönstret.

Jag har ovan sagt att regeln för motverkan inte kan tillämpas i ett fall som detta. Enligt Stening är ett bevisfaktum ett motbevis i förhållande till ett bevistema då det utgör bevis för ett förhållande som är oförenligt med temat i fråga.⁹⁶ I det aktuella fallet utesluter ju glömska tillägnelseuppsåt, och de fakta som talar för glömska borde väl då vara motbevis för tillägnelseuppsåt. Som vi sett kan emellertid fakta som synes tala för T förklaras genom antagandet av en viss struktur och om vi antar denna blir de inte längre bevisfakta för T. Fakta i

⁹⁵ Jfr HD:s dom s 402. (I målet kallas den tilltalade för "E"): "De för E besvärande yttranden, som fälldes vid polismännens besök, kunna hava haft sin grund i att E visste sig hava handlat oriktigt genom att icke omedelbart återvända till kassan och betala filmen".

⁹⁶ Stening: Bevisvärde s 106.

händelseförloppet pekar således inte entydigt i en bestämd riktning. För att avgöra om ett faktum är ett motbevis, måste man först avgöra vilken erfarenhetssats som kan antas gälla. Värdeметoden och formeln om motverkan synes förutsätta att vi har att göra med entydiga förhållanden, där fakta kan polariseras i plus- och minusfakta.⁹⁷ Erfarenhetssatserna måste dock i betydande mån konstrueras och utfyllas och det är denna verksamhet som i många fall avgör vilken betydelse som fakta får. Som jag ser det har vi att göra med alternativa förklaringar, som visserligen kan konkurrera, men inte på så sätt att man från den ena versionen drar bort den andras bevisvärde.

Nu vet vi dock inte vilken erfarenhetssats som här gäller. Antingen kan erfarenhetssatsen A eller B vara den riktiga. Det är möjligt att subsumera *både* under A och B, och inte under antingen A eller B. Men vilken skall man nu välja? Onekligen är väl den erfarenhetssats starkare som pekar på tillägnelseuppsåt, men den är å andra sidan ”kortare”, d.v.s. den förklarar färre moment i händelsekedjan jämfört med den antagna struktur som anses tyda på icke tillägnelseuppsåt. Den erfarenhetssats där vi antar att man i den angivna situationen inte har stöldavsikt har väl inte samma stöd i erfarenheten som den erfarenhetssats som säger att den som döljer en vara och inte betalar för den samt betar sig på ett sådant sätt som P i regel har T. Å andra sidan blir händelseförloppet förklarligt även om vi antar att P glömt att betala. Antar vi detta kan vi förklara tex hans beteende inför polismännen genom hänvisning till en psykologisk mekanism. Även det förhållandet att P hade filmrullen synlig i handen stämmer med att han inte kan antas ha haft T.

Antar vi däremot att P haft tillägnelseuppsåt, blir det svårt att förklara just den sistnämnda omständigheten; att han visat filmrullen i handen. Den som har för avsikt att stjäla brukar inte göra så. Å andra sidan skulle häremot i och för sig kunna invändas — fastän det låter en aning krystat — att P är glömsk, och att han glömt att han haft filmrullen synlig i handen, men att han likväl haft uppsåt. I domen har också nämnts till P:s fördel att han hela tiden vidhållit sin berättelse,⁹⁸ vilket sålunda ansetts tyda på -T. Nu kan emellertid en person vidhålla sin berättelse och likväl vara en lögnare. Vilken betydelse som skall tillmätas denna omständighet är därför högst tveksamt, men den motsäger i vart fall inte att P hade -T. Summerar man nu alltihop blir slutsat-

⁹⁷ Se ovan not 93.

⁹⁸ Se HD:s dom s 402.

sen att antagandet att P inte hade tillägnelseuppsåt bättre förklarar samtliga händelser, än antagandet att han hade T. Antar man att han hade T kvarstår det som svårförklarligt varför han visat filmrullen väl synlig i handen.⁹⁹

Man bör således i ett fall som detta välja den erfarenhetssats som förklarar så många moment i händelsen som möjligt, även om denna ur rent erfarenhetsmässig synpunkt kan förmodas vara svagare än den erfarenhetssats som talar för T.¹ Det finns ytterligare ett skäl till att den erfarenhetssats bör väljas som bäst förklarar samtliga händelser och jag återkommer snart till detta skäl.

Klart är, att om man konstruerar den ovanstående erfarenhetssatsen, som säger att det inte är troligt att P hade T, det finns en disposition hos bedömarens att vara *välvillig* mot P. Man kan ju, som vi sett, försvara den motsatta ståndpunkten, att P hade T, på relativt goda grunder. Men självklart bör en välvilja finnas när en person ställs till ansvar för brott. Domaren bör hellre fria än fälla, och han bör därför försöka att i första hand se om det är möjligt att tolka händelseförloppet på ett sådant sätt att fakta ingår i en meningsfull och motsägelsefri helhet, vilken tyder på att uppsåt saknats.²

6.9.5 Den optimala erfarenhetssatsen och oberoendekravet

Angående skillnaden mellan det nu förespråkade synsättet, vilket är temametodiskt i grunden, men som dock betonar tolkningen av handlingar mer än temametoden, är bla följande att säga. Värdeметoden uppställer en hypotes: P hade T. Till stöd för denna hypotes anförs

⁹⁹ Jfr Trankell s 130: "Om en tolkning skall kunna accepteras som en säkerställt riktig beskrivning av den bakomliggande verkligheten, måste den vara ensam om att ge en restlös och rimlig förklaring till den föreliggande informationen. Strukturen hos ett informationsmaterial kan nämligen i vissa fall vara sådan, att den tillåter att den bakomliggande verkligheten beskrivs på flera olika sätt. Denna situation är naturligtvis vanligast på utredningens tidigare stadier, då de insamlade upplysningarna ännu är så få, att de inte differentierar mellan olika tolkningsmöjligheter, dvs när mängden av fakta ännu är så liten i förhållande till antalet luckor i materialet, att dessa går att fylla på olika sätt." Trankell använder beteckningen "hypotessannolikhet" i detta sammanhang, se hans definition härav a a sid 160. Jfr till det sagda vad som ovan (avsnitt 6.8.2) sagts om utredningens fullständighet i bagatellmål. Angående förhållandet mellan knapp utredning och ett högt beviskrav, se också avsnitt 9.4.4.

¹ Se också avsnitt 4.2.

² Angående tolkning av bevisutsagor och erfarenhetssatser, se kap 7. Beträffande rättsfallet och utgången i detta så frikändes P av en majoritet i HD (två justitieråd ville fälla honom). Angående målets tidigare historia så frikändes P i HR:n, men dömdes i HovR:n.

fakta $a+b+c$. Vidare uppställs en hypotes om $\neg T$, och till stöd för denna hypotes uppställs andra fakta. Anförda fakta, dvs bevisfakta, betraktas var för sig, man söker man den erfarenhetssats som är relevant för varje enskilt faktum. Anledningen härtill är, som vi sett, att den situation som skall bedömas anses vara unik. Vi kan därför enligt värdemetoden inte försöka hitta en optimal erfarenhetssats som täcker in alla fakta i den individuella situationen. Denna huvudinvändning från värdemetodens sida mot den optimala erfarenhetssatsen har ovan kritiserats.

Värdemetoden uppställer också ett krav på oberoende mellan bevisfakta (temametoden kräver att händelser skall vara oberoende av varandra). Detta innebär tex att bevisvärdet hos faktum A inte får försvagas om det visar sig att faktum B saknar bevisvärde.³ Såvitt jag kan se kan ett generellt krav på oberoende mellan bevisfakta inte uppställas om vi antar en optimal erfarenhetssats. Jag skall försöka utveckla detta i det följande.

Enligt det förespråkade — temametodiska — synsättet, har vi en hypotes; P hade $\neg T$. (Jag bortser här för enkelhetens skull från den motsatta hypotesen.) Härefter uppställer vi en underhypotes. Denna består i antagandet att om $a+b+c$ så $\neg T$. Dessa fakta ligger emellertid till grund för uppställandet av en erfarenhetssats och betraktas inte, såsom hos värdemetoden, som självständiga bevis för $\neg T$, vilkas bevisvärde förmedlas av de erfarenhetssatser som kan kopplas till resp bevis.

Under den konstruerade erfarenhetssatsen subsumeras konkreta fakta i målet $A+B+C$. Vi kan nu vidare anta, att för att denna erfarenhetssats skall ha god bärighet, samtliga fakta måste föreligga. Vi kan i vart fall anta, att det finns betydligt mindre skäl att tro på $\neg T$ om ett faktum saknas. Försvinner tex faktum A har visserligen den antagna erfarenhetssatsen *som sådan* samma styrka, men betydelsen av tex faktum B blir inte oförändrad om faktum A försvinner pga att den antagna erfarenhetssatsen försvagas om inte samtliga fakta är för handen. Vi har att göra med ett mönster, en helhet, där delarna till viss del förutsätter varandra.

När jag säger att erfarenhetssatsen till viss del förutsätter samtliga

³ Se Stening: Bevisvärde s 66, 81 och 109. Jag vill här påpeka, att termen "bevisvärde" används på skilda håll i denna framställning utan att jag därvid ansluter mig till värdemetodiska resonemang. De faktorer som bildar en optimal erfarenhetssats kan ju sägas ha bevisvärde för ett faktum därför att de — via erfarenhetssatsen — utgör skäl att tro något om detta faktum.

fakta innebär inte detta att det skulle finnas ett *nödvändigt* samband mellan dem. Man kan nämligen i och för sig spalta upp den i tid och rum utsträckta händelsen på sina olika komponenter; brådska, glömska, nervositet, impulsköp, beteende inför polismän etc. Det finns, såvitt jag kan se, varken ur logisk eller empirisk synpunkt något hinder mot en sådan uppdelning. Gör vi en sådan uppdelning kan vi följaktligen, vilket värdeметoden rekommenderar, granska varje enskild omständighet för sig med beaktande av om det finns någon relevant erfarenhetssats för den. Klart är väl att man med en sådan uppdelning fortfarande kan säga att tex glömskan är ett bevisfaktum även om det skulle ådagaläggas att personen inte hade bråttom.

Vad jag säger är emellertid att vi har antagit en erfarenhetssats där brådskan plus nervositeten plus de ytterligare faktorerna ligger till grund för uppställandet av en optimal erfarenhetssats och att denna erfarenhetssats kräver merparten av de anförda faktorerna för att mönstret ifråga skall bildas. Men detta synsätt bildar den konstruerade översatsen *en* händelse.

Något som tydligen är av största betydelse i sammanhanget är att vi klart skiljer mellan å ena sidan de faktorer som bildar den optimala erfarenhetssatsen och å andra sidan de fakta som utgör bevis för faktorerna i erfarenhetssatsen. Vi kan ha att göra med en sekvens av handlingar skilda åt i tid och rum vilka i och för sig kan betraktas som helt självständiga och fristående från varandra, men *tillsammans* kan de vittna om en plan, en avsikt, att genomföra något. Faktorerna i handlingsmönstret blir därmed beroende av varandra. Vad däremot gäller bevisen för fakta i handlingsmönstret så kan dessa vara oberoende av varandra.

Värdeметoden arbetar inte med försök att på det angivna sättet hitta en optimal erfarenhetssats. Den försöker inte hitta mönster som bildar meningsfulla helheter. Därav följer att ett oberoendekrav kan uppställas. Olika enskilda fakta kommer nämligen inte då att subsumeras under *en* erfarenhetssats, varvid vi undgår det beroende som uppstår vid skapandet av en optimal erfarenhetssats.

Jag har här reagerat mot värdeметодens objektivisering av bevisvärderingen, betonat att det finns alternativa förklaringar i stället för konkurrens och motverkan, framhållit att man bör observera att handlingar är ändamålsinriktade och att vi inte förutsättningslöst och objektivt kan bedöma dessa handlingar, utan att de får olika betydelse allt efter som vi gör olika antaganden angående de mål de kan antas vara avsedda att förverkliga. Vidare har jag betonat helhetssyn, och menat att en

långtgående sönderdelning av bevismaterialet leder till en missvisande sannolikhetsbedömning.

Trots vad som anförts skall naturligtvis inte förnekas att värdemetoden är användbar i vissa sammanhang. Handlingar kan registreras med mätapparatur, vi kan ha att göra med enkla fakta och enkla bevisituationer där fakta endast pekar i en riktning. Möjligtvis kan det ibland vara till en persons fördel att fakta beaktas var för sig. Man kunde tänka sig att bevisfakta var för sig har bevisvärde till förmån för en person, men att detta minskar eller försvinner vid antagandet av ett mönster. Själv menar jag dock att man i så fall hellre bör tro på helheten än på delarna, men jag vill naturligtvis inte utesluta att fall kan förekomma där motsatsen gäller.

6.10 Sammanfattning

Erfarenhetssatser utgör generella satser grundade på induktion. Vid bevisvärdering subsumeras fakta under erfarenhetssatser, varvid vi kan göra ett uttalande om sannolikhet. Vid subsumtionen ifråga används en variant av den subsumtiva förklaringsmodellen.

Erfarenhetssatser kan vara svaga eller starka, avse speciella områden där fackkunskaper fordras, eller vara "var mans egendom". Många erfarenhetssatser är mycket vaga och kan gränsa mot fördomar. Här gäller det att se upp vid bevisvärderingen så att inte fördomar får genomslag vid fastställandet av fakta.

En erfarenhetssats kan vara vag inte bara i den betydelsen att den inte vilar på statistiska undersökningar, utan även i det avseendet att den är oklart formulerad. Här uppkommer problemet om det föreliggande fallet bör subsumeras under erfarenhetssatsen eller ej. Huruvida detta bör ske eller ej beror på hur erfarenhetssatsen tolkas.

I praxis kan man hitta exempel på erfarenhetssatser som är vaga i både den ena och den andra betydelsen och som dessutom förefaller att vara partiska. Vi bör emellertid inte härav dra den slutsatsen att bevisvärderingen utgör rättskipningens bakgård, dess slumområde, där fördomar och vanföreställningar grasserar vilt och ohejdat. Visserligen är bevisvärderingen fri, men den skall samtidigt vara objektiv. Dessutom är det oundvikligt att erfarenhetssatser, som ju kan knyta till egenskaper hos personer, sås behandlar vissa bättre än andra.

Erfarenhetssatser kan användas analogt. Det är också möjligt att ställa upp fiktiva erfarenhetssatser. När en erfarenhetssats skall användas analogt resp när en fiktiv erfarenhetssats skall uppställas är en

svårbedömd fråga. Ytterst bör man här söka vägledning i de tolkningsprinciper som gäller för den materiella rätten (se nästa kapitel).

Vid bedömningen av orsaker till mänskliga handlingar blir det problematiskt att använda erfarenhetssatser och subsumtiva förklaringar. Detta sammanhänger bl a med att vi inte kan iaktta själsliga processer, att vi måste känna till vilka faktiska förutsättningar, vilka värderingar och prioriteringar som den handlande utgick ifrån, att vi ibland inte är medvetna om de skäl som styr våra handlingar och på att det finns olika skolor inom psykologin vilka förklarar mänskligt beteende på olika sätt. Dessutom är det omstritt huruvida relationen mellan handling och effekt är empirisk-kausal eller logisk. Personligen tror jag emellertid inte att handlingsförklaringar skiljer sig från händelseförklaringar. Handlingsförklaringar blir emellertid mer osäkra. De har träffande liknats vid skisser vilka behöver fyllas ut.

I rättsliga sammanhang uppstår flera särskilda problem vid handlingsförklaringar, t ex vid bedömning av uppsåt. Materialet kan vara knappt, varvid de objektiva — yttre — rekvisitens existens, kan komma att få en oproportionerligt stor betydelse vid bevisbedömningen. Det finns också en risk för att, om vi ogillar en handling, bevisvärderingen blir moraliserande till sin karaktär, varvid även beviskravet för det subjektiva rekvisitet kan komma att sänkas. Slutligen finns en risk för att — vilket dock inte bara gäller fall där avsikter skall bedömas — i mål där utredningen är knapp, rätten väljer första bästa färdiga erfarenhetssats, utan att bemöda sig om att analysera bevismaterialet och därvid konstruera en mer tillförlitlig optimal erfarenhetssats, eller att eventuellt utvidga utredningen.

Då livserfarenheten används vid bevisvärderingen får denna en konstruktiv karaktär. Jag har betonat vikten av att söka sammanställa en optimal erfarenhetssats, mot bakgrund av vilken fakta får ett sammanhang. Härvid har jag ställt mig avvisande till värdemetoden, vilken beaktar varje bevis- och hjälpfaktum för sig m h t resp erfarenhetssats. Värdemetodens huvudinvändning mot temametoden, att slutmålet rör en unik situation har därvid tillbakavisats.

Konstruktionen av en optimal erfarenhetssats gör att ett krav på oberoende mellan de händelser som bildar den optimala erfarenhetssatsen inte kan uppställas. Sambandet mellan de händelser vilka sammanfogas till ett mönster är emellertid inte nödvändigt; faktorerna kan i och för sig betraktas som oberoende av varandra. När de sätts in i ett mönster försvinner emellertid detta oberoende. Ur temametodisk synpunkt är hela översatsen att betrakta som en händelse.

7 Erfarenhetssatser och rättssatser

7.1 Inledning

I föregående kapitel behandlades erfarenhetssatserna dels ur allmän synpunkt och dels speciellt med avseende på bevisvärdering. Induktion och erfarenhetssatser har emellertid även betydelse vid rättstillämpningen och i detta kapitel skall vi närmare granska deras betydelse i detta avseende. Vidare skall visas hur rättssatser kan skapa erfarenhetssatser, vilka får betydelse vid bevisbedömningen. Jag kommer även att påvisa likheter och skillnader i struktur mellan rätts- och erfarenhetssatser. Med denna jämförelse som utgångspunkt kommer jag att föreslå en metod för bevisvärdering, vilken innebär att bevisvärderingen blir rättsnormerad. I det sammanhanget kommer jag även in något på bevisbörderegler och deras funktion enligt ett teleologiskt resonemang, varvid frågan kommer att ställas om det inte råder en konflikt mellan å ena sidan syftet med den fria bevisprövningen och å andra sidan syftet bakom en ändamålsplacerad bevisbörda.

7.2 Erfarenhetssatserna och rättstillämpningen

Erfarenhetssatserna har också betydelse vid rättstillämpningen. Att erfarenhetssatser kan ha betydelse för bedömningen av rättsfrågan förklarar Schlyter genom att bl a hänvisa till att domaren i ett mål om vårdslöshet måste ha kunskap och erfarenhet om vad man kan kräva av en person i svarandens ställning.¹ Erfarenheten har även stor betydelse för vår bedömning av vad som strider mot "tro och heder", för vad som är ett "uppenbart missförhållande" och för vad som är "skälig ersättning", för att bara nämna några exempel.²

Schjelderup har, i anslutning till ovan nämnda uttalande av Schlyter, hävdad att frågan om "vårdslöshet" hör till sakfrågan därför att:

¹ Schlyter s 11. Se även Kallenberg II s 557.

² Se Stein s 41, Schwinge s 182, Engisch: Logische s 111, Larenz s 273 och Henke s 159 ff.

”Selve rettsbegreppet uaktsomhet er knyttet til en faktisk målestokk, ikke til en rettslig; hvordan vilde en forstandig man under de og de forhold ha optrådt? *Selve reglen* som skal anvendes på det foreliggende konkrete tilfelle, må defor på forhånd konstateres.”³

Enligt Schjelderups oppfattning skulle vi tydligen, om vi inte finner någon erfarenhetssats för just det aktuella fallet, bli tvungna att använda en bevisbörderegeln. Så är emellertid inte rättsläget beskaffat. I det fall ingen erfarenhetssats för det aktuella fallet är känd, åligger det domstolen, enligt principen *iura novit curia*, att likväl göra en rettslig prövning. Det sagda innebär att också Schlyters påstående, att domaren i ett mål om vårdslöshet ”måste” ha kunskap och erfarenhet om vad som kan krävas av en person i svarandens ställning, är alltför tillspetsat. Domaren måste inte äga denna kunskap. Saknar han kunskapen får han i stället *konstruera en norm* för det aktuella fallet.

Även om det skulle finnas en erfarenhetssats som anger hur en förstandig man under de och de omständigheterna uppträder, innebär emellertid inte detta att fastställandet av text ”vårdslöshet” hör till sakfrågan. Erfarenhetssatserna är nämligen inte färdiga för direkt tillämpning utan de behöver *fyllas ut* för att kunna användas.⁴ Deras funktion och betydelse vid rättstillämpningen kan bäst förklaras med ett exempel. Det kan enligt § 33 AvtL anses strida mot ”tro och heder” att med vetskap om vissa omständigheter åberopa en rättshandling. I ett fall där denna regel åberopas finns dels vissa faktiska omständigheter och fastställandet av dessa hör i princip till sakfrågan. Men det finns också en socialtisk kod, nämligen den som anger vad som erfarenhetsmässigt anses strida mot ”tro och heder”. Även fastställandet av en sådan erfarenhetssats hör till sakfrågan.⁵ Men även om det i princip är en bevisfråga vad som enligt erfarenheten strider mot ”tro och heder”, är det inte en bevisfråga om ett förfarande skall anses strida mot ”tro och heder” enligt *rättssatsen*. Den aktuella erfarenhetssatsen är nämligen inte identisk med rättssatsen och den är inte heller färdig för användning, utan behöver — som ovan nämnts — fyllas ut. Rätten kan alltså inte direkt slå fast rättsföljden med användning av den i processen införda erfarenhetssatsen. Vid rättsbildningen tar rätten också hänsyn till bla typfall, ändamål, likhet med andra fall, samt vilken måttstock det är rimligt att bedöma handlandet mot. På detta vis kon-

³ Schjelderup s 90.

⁴ Henke s 161, Larenz s 273 och Heescher s 17.

⁵ Engisch: Logische s 43 ff. Se också Henke s 161 och Scheurle s 69.

struerar rätten en *juridisk översats* i vilken erfarenhetssatsen ingår som en faktor bland många andra.⁶

Även om vi gjorde det verklighetsfrämmande antagandet att det fanns en erfarenhetssats som passade exakt på samtliga fakta i det föreliggande fallet, skulle detta inte innebära att fastställandet av *tex culpa* är en bevisfråga. Erfarenhetssatsen fungerar här i så fall som en juridisk översats, och rätten *kontrollerar* rimligtvis om det föreliggande fallet verkligen bör subsummeras under erfarenhetssatsen ifråga.⁷ Det blir på detta vis möjligt att skilja mellan fastställandet av fakta och rättslig värdering av fakta.⁸ Påpekas bör — för att förtydliga — att rätten inte *måste* fastställa rättsföljden även om ett visst förfarande enligt erfarenheten kan anses strida mot *tex* "tro och heder". Rätten kan ju anse att den befintliga erfarenhetssatsen är *olämplig* och genom sin rättsbildning söka påverka moraluppfattningen i en annan riktning.⁹

Det kan också vara så, att den aktuella erfarenhetssatsen är mycket vag, eller att rätten helt saknar kunskap om vad erfarenheten säger angående det föreliggande fallet. Detta innebär som sagt inte att rätten kan använda en bevisbörderegulering utan i stället att rättens konstruktiva verksamhet får större betydelse.

Skulle rätten konstruera en juridisk erfarenhetssats där en erfarenhetssats, angivande vad som vanligen gäller, inte ingår som ett moment bland de faktorer som rätten beaktar, innebär detta dock inte att erfarenheten helt saknar betydelse vid konstruerandet av den juridiska översatsen. Om nämligen rätten konstruerar en rättsats som säger att om X så bör man göra Y, beror detta rimligtvis på att rätten tror att det är bra att göra Y. Och att den tror detta kan bero på en erfarenhetssats.¹⁰ Vidare ligger ju — om vi beaktar den handlingsdirigerande aspekten — en erfarenhetssats bakom tron att ett avgörande kommer

⁶ Se Henke s 89 och 161 och Scheurle s 69.

⁷ Jfr Stein s 42: "Was hier festgestellt wird, ist vielmehr der Obersatz, an dem zu prüfen, ob die Handlung dieses Mannes jenes abstracte Maass erreicht habe. Es ist Obersatz, aber darum nicht Theil des Rechtssatzes und — trotz der Parallele in der Verwundung — nicht ihm gleichartig" Jfr däremot Schjelderup s 41, som likställer erfarenhetssatserna med normer.

⁸ Angående gränsdragningen mellan fastställandet av fakta och subsumtion, se kap 10.

⁹ Jfr dock Larenz s 273, som synes mena att en sådan normkonstruktion endast kan komma ifråga om erfarenhetssatser saknas.

¹⁰ Jfr Esser s 60: "Die Obersatzbildung ist nicht weniger von induktiven Urteilsbildungen abhängig als die durch die Tatsachenfeststellung induktiv erfolgende Bildung des Untersatzes." Av samma uppfattning Rödiger s 151. Jfr avsnitt 1.4 och 3.4.

att påverka handlingsvanorna i samhället. Erfarenheten säger att samhällsmedborgarna rättar sig efter domstolsavgöranden och denna sats är fundamental för tanken om handlingsdirigering.

Det finns alltså erfarenhetssatser i den juridiska översatsen. Nu kan det tänkas att rätten vid konstruerandet av den juridiska översatsen felaktigt antagit att det finns en erfarenhetssats som säger att om X så gör folk Y. Rättstillämpningen har då blivit felaktig på grund av att en sakfråga felbedömts. Bör nu högsta instans få ändra på bedömningen? Ja, denna fråga har diskuterats flitigt i de länder där högsta instans avskurits från möjligheten att pröva sakfrågor, som t ex i Västtyskland. Enligt Henke överprövar Bundesgericht inte sådana mål, med hänvisning till att det rör sig om en sakfråga.¹¹ Som Henke påpekar, och som ovan framgått, är emellertid erfarenhetssatsen — oaktat fastställandet av denna hör till sakfrågan — *funktionellt sammankopplad med rättsfrågan* genom att den utgör ett hjälpmedel vid bildandet av den juridiska översatsen.¹²

För att kort sammanfatta så används erfarenhetssatserna både vid bevisvärdering och rättstillämpning. Deras dubbla funktion innebär bl a att man inte kan hänföra sakfrågor enbart till bevisvärderingen. Sådana aktualiseras också vid konstruktionen av den juridiska översatsen. Alla försök att från rättstillämpningen hålla bort rena kunskapsfrågor är därmed utsiktslösa.

7.3 Rättssatser kan orsaka erfarenhetssatser

Att erfarenhetssatser existerar har en orsak och denna kan vara att söka i rättsregler eller icke kodifierade normer av annat slag. Jag begränsar mig i det följande till rättsregler och säger att de eller tillämpningen av dem *producerar* erfarenhetssatser. Med detta menar jag helt enkelt att regler och deras tillämpning ger upphov till vissa beteenden. En rättsregel kan säga att ifall A föreligger bör/skall du göra B. När vi sedan iakttar människor kan vi se en viss regelmässighet i deras beteende. Vi kan se att när A föreligger så gör de i regel B. Här föreligger således ett erfarenhetsmässigt samband som är orsakat av en rätts-

¹¹ Henke s 127. Jag reserverar mig emellertid mot Henkes påstående. Blomeyer s 592 påstår nämligen att erfarenhetssatserna är revisibla. Möjligen beror diskrepansen ifråga på att Henkes påstående tar sikte på vad som faktiskt gäller (de lege lata), medan Blomeyers påstående avser vad som kan eller bör gälla (de lege ferenda).

¹² Henke s 127.

regel. Vi får alltså ett slags kretslopp: Befintliga erfarenhetssatser har betydelse vid bevisbedömning och rättstillämpning, och rättstillämpning ger upphov till erfarenhetssatser som får betydelse vid bevisbedömning och rättstillämpning osv.

Vi skall nu titta på hur en domstol genom sin rättstillämpning kan förändra en erfarenhetssats. Jag utgår från följande rättsregel, vilken har valts helt godtyckligt.

”Avviker fastigheten från vad som kan anses utfäst eller från vad som köparen eljest, utan att fall som avses i 16-18 §§ föreligger, med hänsyn till omständigheterna haft anledning räkna med vid köpet, äger 12 § motsvarande tillämpning. Ersättning för skada skall dock utgå endast om avvikelsen avser egenskap som kan anses utfäst eller säljaren förfarit svikligt” (Jordabalken 4:19).

Det moment i rättsregeln som i sammanhanget är av intresse är följande:

”... med hänsyn till omständigheterna haft anledning räkna med vid köpet ...”

Låt oss nu anta att följande erfarenhetssats gäller:

Fastighetsköpare undersöker i regel inte ordentligt fel och brister i fastigheten.

Erfarenhetssatsen anger ett beteende bland fastighetsköpare i allmänhet. Domstolen kan nu av olika skäl anse att en annan riskfördelning bör ske mellan köpare och säljare. Detta kan medföra att köparen åläggs en omfattande undersökningsplikt. Domstolen kan tex kräva att köparen tar med sig sakkunnig vid husaffären, att han bryter upp golv och väggar för att se om där finns husbock, och att han ställer ingående frågor om fastighetens skick till säljaren. Har köparen inte gjort denna noggranna undersökning kan han nu, enligt domstolens mening, inte ha anledning att inte räkna med fel eller brist hos fastigheten.

De krav som domstolen sålunda tänkes ställa på fastighetsköpare leder antagligen till att vi efter en tid kan iaktta ett annat beteende hos fastighetsköpare i allmänhet. Så småningom kan vi därför uppställa följande erfarenhetssats:

Fastighetsköpare undersöker i regel ordentligt fel och brister i fastigheten.

Tillämpningen av rättsregeln har således förändrat erfarenhetssatsen. Detta är ett exempel på hur rättskipningen kan ha en *handlingsdirigerande* funktion.

Den sålunda producerade erfarenhetssatsen kan få betydelse vid bevisbedömningen. Detta kan visas genom följande exempel. Det krävs ett annat scenario, men en fastighet ingår naturligtvis i rekvisitan. Exemplet ser ut så här:

A är misstänkt för att ha placerat en bomb i en fastighet. Densamma var utbjuden till försäljning och A har erkänt att han varit inne i fastigheten. Han gör emellertid gällande att han hade allvarliga funderingar på att köpa den och att detta var anledningen till att han befunnit sig där. Mäklaren, som visade fastigheten för A, berättar att A gick omkring några minuter i den och att han inte ställde några frågor om dess skick. Mäklaren berättar vidare att A hade en portfölj med sig och att han hade tillfälle att placera ut en bomb i fastigheten utan att han skulle ha märkt det.

Exemplet är upplagt så att vi skall ställa frågan om vi har anledning tro på A:s förklaring angående orsaken till besöket i fastigheten. Den tidigare uppställda erfarenhetssatsen gör sig nu påmind:

Fastighetsköpare undersöker i regel ordentligt fel och brister i fastigheten.

Vi kan mot bakgrund av denna erfarenhetssats ställa oss skeptiska till A:s förklaring angående orsaken till besöket i fastigheten. Det medges att exemplet är förenklat och tillrättalagt och att erfarenhetssatsen ifråga inte bör tillmätas särskilt stor betydelse vid bevisbedömningen. Men det är ingen tvekan om att rättstillämpningen, via handlingsdirigering, producerar erfarenhetssatser som kan få betydelse vid bevisbedömningen.

Det är emellertid inte alla erfarenhetssatser som direkt kan påverkas av rättsregler eller normer av annat slag. Vi kan kalla dessa erfarenhetssatser för *immuna*. Sådana erfarenhetssatser uppkommer och förändras primärt av andra skäl, framför allt genom naturvetenskapliga framsteg. Sålunda beviljade t ex HD i NJA 1963 s 94 resning i ett faderskapsmål på denna grund. Målet hade först avgjorts 1945, varvid det förklarats att det inte var osannolikt att X var far till barnet. Situationen hade sedermera förändrats, såtillvida som förfinade undersökningsmetoder tillkommit. Vid en ny faderskapsbestämning användes HP-systemet för blodgruppsbestämning och denna metod var okänd 1945. Den nya undersökningen resulterade i att sannolikheten för att den utpekade mannen ej var far till barnet uppskattades till 99,9 %.

Någon bestämd gräns mellan immuna erfarenhetssatser, sådana som beror på rättsregler och sådana som är orsakade av normer av annat slag, kan inte dras. Särskilt när det gäller förhållandet mellan sam-

hållsutveckling och rättstillämpning råder ett invecklat växelspel.¹³ Vetenskapliga framsteg kan tex bero på att rättsregler befrämjar viss forskning. Det är vidare svårt att avgöra om ett förändrat beteende beror på en förändrad rättsregel eller på något annat. Inte ens i de fall man kan se, att ett beteende förändras sedan rättstillämpningen förändrats, kan man vara helt säker på att detta beror på den förändrade rättstillämpningen.

Jag utgår emellertid från att rättskipningen har en handlingsdirigerande effekt. På detta antagande bygger också de högsta domstolarnas verksamhet, vars avgöranden anses ha en prejudicerande effekt. Att rättskipningen har en handlingsdirigerande effekt beror framför allt på att regler är *sanktionerade* på något vis. Sålunda kan tex den fastighetsköpare som inte utför en ordentlig undersökning av fastigheten råka illa ut, om HD sagt att köparen skall göra en omsorgsfull undersökning.

En annan slutsats som kan dras av att rättsregler och tillämpningen av dessa påverkar erfarenhetssatserna är att *en enhetlig rättstillämpning underlättar bevisbedömningen*. Men hur kan nu en enhetlig rättstillämpning underlätta bevisbedömningen? Ja, antag för att anknyta till fastighetsexemplet, att vissa domstolar tolkade 4:19 så, att köparen inte behövde utföra någon undersökning alls, andra så att köparen måste företa en undersökning, men bara en ytlig sådan, och åter andra så att köparen är tvungen att företa en mycket noggrann undersökning. Och antag vidare, för att tillspetsa det hela, att domstolarna vore inkonsekventa i sin rättstillämpning, så att den domstol som ena dagen krävde bara en ytlig undersökning, nästa dag fordrade en omfattande undersökning. Vid en sådan oenhetlig och inkonsekvent rättstillämpning skulle knappast något bestämt beteende uppstå bland fastighetsköpare. Visserligen skulle en ordning ur kaos kunna uppstå, därigenom att fastighetsköpare kunnat iaktta, att den som utför en noggrann undersökning alltid klarar sig, men denna möjlighet bortser jag ifrån. Genom den oenhetliga rättstillämpningen får vi sålunda ingen allmän erfarenhets-sats om hur fastighetsköpare beter sig. Går vi sedan över till exemplet med dynamitarden, finner vi att det mot denna bakgrund blir svårare att bedöma om hans förklaring till besöket i fastigheten är trovärdigt. Bevisbedömningen försvåras således av den oenhetliga rättstillämpningen.

Genom att vår erfarenhetsvärld ständigt förändras kan en bevis-

¹³ Jfr 8.2 och 8.3.

bedömning som gjordes för 20 år sedan idag förefalla märklig, åtminstone i vissa delar. I korthet kan sägas att bedömningsmiljön ständigt förändras. Vi byter s a s kulisser på den estrad på vilken bevisvärderingen sker, och fakta får olika betydelse beroende på vilken kuliss de belyses mot. Vad vi för 20 år sedan ansåg vara sant eller sannolikt, kan vi idag anse vara falskt eller osannolikt.¹⁴ Detta är ett trivialt påstående, men denna trivialitet saknar inte helt praktisk betydelse i det fallet *resning* begärs i ett gammalt mål p g a att ny bevisning framkommit.

Resning kan givetvis inte beviljas därför att erfarenhetsvärlden i största allmänhet förändrats. Riktigheten av en viss bevisbedömning måste prövas mot bakgrund av de förhållanden och erfarenhetssatser som fanns när den gjordes. Om det t ex för 20 år sedan var ovanligt att fastighetsköpare undersökte köpeobjektet noggrant, kan man idag inte säga att den köpare som för 20 år sedan inte ordentligt undersökte fastigheten agerade konstigt, därför att köpare idag utför en noggrann undersökning.

Man måste dock skilja mellan vilka faktorer i bedömningsunderlaget som förändrats. En domare är tvungen att beakta vetenskapliga framsteg, vilket också skedde i faderskapsmålet. Denna typ av sanningar ligger emellertid latent i verkligheten och väntar s a s på att upptäckas. De påverkas p g a sin immuna karaktär inte av att rättsregler eller normer av annan karaktär förändrar vårt beteende.

Om det emellertid beviljas resning i ett faderskapsmål p g a att en ny omständighet framkommit, t ex en ny metod för blodgruppsbestämning, och den totala bevisningen i målet prövas om på nytt i sammanhang med den nya omständigheten, bör den gamla bevisningen, om den inte har samband med immuna erfarenhetssatser, prövas mot den gamla bedömningsmiljön och de erfarenhetssatser som fanns i denna. Sker inte detta finns en risk för, och risken kan vara stor eller liten beroende på omständigheterna, att bedömningen blir felaktig. Den felaktiga bedömningen kan gå i vilken riktning som helst. Det är givetvis ingen lätt uppgift för domaren att värdera viss bevisning mot en gammal bedömningsmiljö. Problemet uppkommer dock inte särskilt ofta. Resning är ju inte vanligt förekommande. Speciella svårigheter uppstår om målet är så gammalt att det prövats enligt den legala bevis teorin.

För att kort sammanfatta så kan rättssatser orsaka erfarenhetssatser. Tanken på "rättskipningens handlingsdirigerande effekt" bygger på

¹⁴ Jfr Stein s 30.

detta antagande. Erfarenhetssatser kan också ligga till grund för uppställandet av rättssatser. På detta fundament vilar tex sannolikhetspresumptionerna.¹⁵ Det är väl också allmänt bekant att erfarenhetssatser har betydelse vid konstruerandet av den juridiska översatsen. Något som också har observerats är de likheter som föreligger mellan rätts- och erfarenhetssatser. I det följande avsnittet skall dessa likheter, men även skillnader, påvisas. Vi skall sedan se vilka konsekvenser vi kan dra av de föreliggande likheterna.

7.4 Erfarenhetssatser och rättssatser — likheter i struktur och tillämpning

7.4.1 Inledning

Det finns skillnader mellan erfarenhetssatser och rättssatser, men det finns också likheter. Jag börjar med att ange skillnader. En rättsregel reglerar i allmänhet auktoriativt någon företeelse och är i regel försedd med en sanktion. Erfarenhetssatser tillkommer inte genom en särskild procedur, vilket rättsregler ofta gör, och är heller inte försedda med någon sanktion. Kunskap om erfarenhetssatser får vi bl a genom att studera verkligheten, inklusive böcker, från massmedia, samt genom att sondera vår egen fond av livserfarenhet.¹⁶ Kunskap om rättsregler kan vi få genom att studera lagar och rättspraxis.

Det finns en *strukturlikhet* mellan rättssatser och erfarenhetssatser. En rättssats kan schematiskt formuleras på följande sätt:

Om A så B

På motsvarande sätt kan erfarenhetssatsen framställas:

Om BF så A

Medan rättssatsen föreskriver att *rättsföljden* B skall inträda om rekvisitet A föreligger, säger erfarenhetssatsen att om bevisfaktum (BF) föreligger, så föreligger också *faktum* A. En rättssats kan emellertid vara grundad på en erfarenhetssats, varvid rättsföljden knyts till vad som erfarenhetsmässigt brukar föreligga. Så är vissa presumtioner konstruerade.

¹⁵ Se avsnitt 8.2.

¹⁶ Jfr avsnitt 6.4.1.

En annan likhet mellan rätts- och erfarenhetssatser är att båda utgör *allmänna abstrakta* satser.¹⁷ Att en rättssats är generell är väl allmänt känt, men detsamma gäller för erfarenhetssatserna. De utgör inte satser som hänför sig till bestämda konkreta ting i verkligheten utan är generella satser grundade på induktion. Ytterligare en likhet mellan rätts- och erfarenhetssatser är vidare att fakta *subsumeras* under båda slagen av satser.¹⁸ Konkreta fakta i det föreliggande fallet subsumeras under tillämplig erfarenhetssats och det bevisade faktumet subsumeras sedan under rättssatsen. I det ovanstående fallet subsumeras således det bevisade faktumet A under rekvisitet A. Ännu en likhet är att både rätts- och erfarenhetssatser kan vara vaga och vi har tidigare sett hur en erfarenhetssats, liksom en rättssats, kan användas *analogt*. Uppställandet av en fiktiv erfarenhetssats kan på rättssidan sägas motsvara normkonstruktion.

7.4.2 Tolkning av erfarenhetssatser

Genom att de erfarenhetssatser som används vid bevisvärdering i regel är vaga och bevisvärdet därför inte kan bestämmas exakt, utan ligger inom breda intervaller,¹⁹ bör enligt min mening principer för användningen av erfarenhetssatser i enskilda fall vara värdefulla. Sådana principer finns för hanteringen av rättssatser. Ibland bör en rättssats tolkas restriktivt, ibland extensivt eller enligt ett ändamålsresonemang. Vi har vidare den subjektiva och objektiva metoden, samt *e contrario*- och reduktionsslutet. Existensen av tolkningsprinciper gör det naturligtvis lättare för rätten att använda rättssatser och åstadkommer dessutom enhetlighet. Som vi sett kan emellertid även erfarenhetssatser vara vaga och obestämda. I vilken mån kan ovan nämnda tolkningsprinciper och tekniska grepp användas på erfarenhetssatser?

En erfarenhetssats har, i motsats till en rättssats, inte ett ändamål. Den har inte uppställts av någon i något syfte och den kan därför inte tolkas teleologiskt. En erfarenhetssats kan inte heller användas *e contrario*, och bör naturligtvis inte heller göras till föremål för ett reduktions-

¹⁷ Heescher s 108, Schneider: Beweis s 83 och Peters s 636.

¹⁸ Att fakta subsumeras under rättssatser är allmänt känt, medan vi kanske inte lika lätt uppmärksammar att fakta också subsumeras under erfarenhetssatser. Se om detta ovan avsnitt 6.2 och 6.3 och Ekelöf: Sanning och sannolikhet s 77, som säger att all bevisvärdering sker genom subsumtion av konkreta fakta under generella erfarenhetssatser. Se härom även Schneider: Beweis s 83.

¹⁹ Se härom avsnitt 3.5 och 6.4.1.

slut. Men en *skriven* erfarenhetssats kan tolkas objektivt, restriktivt eller extensivt. Den kan också i vissa fall tolkas subjektivt eller göras till föremål för ett analogislut. Är den tex uttryckt i en vetenskaplig tidskrift, men otydligt formulerad, kan man genom subjektiv tolkning försöka fastställa vad författaren avsett att uttrycka. På motsvarande sätt som med skrivna erfarenhetssatser bör det förhålla sig med allmänt kända erfarenhetssatser (tex fukt ger mögel, eld ger värme, is är hal) dvs de bör kunna tolkas på samma sätt som skrivna erfarenhetssatser.

I rättsliga sammanhang är det emellertid inte vanligt att nedskrivna erfarenhetssatser kommer till användning vid bevisvärderingen. Så kan visserligen vara fallet vid tex studium av ett sakkunnigutlåtande. Den sakkunnige skall ju tillföra rätten kunskap om erfarenhetssatser, och sakkunnigutlåtandet brukar ofta skrivas ned. Men den sakkunnige hörs i regel personligen, varför han muntligen kan förklara eventuella otydligheter. Att rätten vid bevisvärdering söker erfarenhetssatser i böcker och tidningar torde knappast förekomma.

Det vanligaste är att domaren vid bevisvärdering använder sig av sin livserfarenhet. De generaliseringar som härvid blir aktuella aktualiseras i domarens medvetande, men de torde likväl kunna bli till föremål för språklig tolkning på ungefär samma sätt som nedskrivna eller allmänt kända erfarenhetssatser. Antag att domaren formulerar generaliseringen "skötsamma personer är trovärdiga" eller "på en mulen morgon följer ofta en solig dag". Dessa erfarenhetssatser är vagt formulerade. Vi undrar tex vilka personer som kan betecknas som "skötsamma" och vad som menas med "mulet".²⁰

Om en konkret företeelse inte omedelbart faller in under en erfarenhetssats, sådan den *formulerats* av domaren, uppstår frågan om erfarenhetssatsen likväl är tillämplig. För att detta skall kunna avgöras bör erfarenhetssatsen tolkas. Dess betydelseområde bör alltså fastställas. Vår kunskap om verkligheten blir därmed till viss del en tolkningsfråga.

Mot vad som här gjorts gällande, att domaren genom introspektion sonderar sin egen livserfarenhet, och sedan formulerar en erfarenhetssats som tolkas, kan kanske invändas att det snarare är de egna erfarenheterna som omedelbart jämförs med det föreliggande fallet. En sådan invändning kan till förstone — men bara till förstone — synas ha fog för sig. Det kan ju nämligen synas som om domaren direkt bör kunna avgöra om han har egen erfarenhet av ett sådant samband

²⁰ Jfr ovan avsnitt 6.4.1 samt nedan avsnitt 7.4.3.

som är aktuellt i det föreliggande fallet. I så fall vore det en konstlad omväg att i stället för de egna upplevelserna göra formuleringen till föremål för tolkning. Jag tror emellertid inte att livserfarenheten normalt fungerar på ett sådant sätt att det är möjligt att göra en direkt jämförelse med egna upplevelser.

Livserfarenheten sträcker sig över hela livet och omfattar en mängd händelser. Mellan vissa händelser noterar vi samband, men i vardagslivet erhåller vi sällan full kunskap om alla likheter och olikheter mellan skilda företeelser. Vi noterar endast det *väsentligaste* och gör sedan generaliseringar. Då nu en erfarenhetssats endast grundar sig på de väsentligaste — kända — likheterna och olikheterna, kommer den också i allmänhet att formuleras på ett allmänt — något obestämt — sätt. Vi måste ju använda generella termer när vi med en beteckning önskar klassificera det väsentligaste och göra ett uttalande om vad som i allmänhet gäller. När vi sedan formulerar en erfarenhetssats är det därför enligt min mening naturligt att det blir formuleringen och inte upplevelserna som tolkas. De enskilda fallen minns vi dessutom knappast längre och med hänsyn till vår begränsade hjärnkapacitet är det heller knappast troligt att vi klart kan skilja olika upplevelser från varandra. Vår erfarenhet omfattar ju händelser som kan ligga mycket långt tillbaka i tiden. Härtill kommer att i vår livserfarenhet också ingår sådant som vi läst, sett på film och TV, hört på radio eller tagit del av på annat sätt. Sådana erfarenheter blandas med våra egna upplevelser av händelser, och vi kan nog ofta inte avgöra på vilket sätt en erfarenhetssats har bildats. Med hänsyn till det anförda är det både naturligt och nödvändigt att formuleringen och inte de egna upplevelserna blir tolkningsföremål.

Vid tolkning av de erfarenhetssatser som livserfarenheten aktualiserar bör domaren kunna gå tillväga på samma sätt som vid tolkning av rättssatser. De tolkningsmetoder som blir aktuella är emellertid begränsade i jämförelse med vad som gäller vid lagtolkning. Vi kan endast räkna med den objektiva, restriktiva och extensiva metoden samt analogislutet. För nedskrivna erfarenhetssatser, d v s sådana som finns i text sakkunnighetsutlåtande, böcker och tidningar, tillkommer som ovan nämnts den subjektiva metoden.

I det följande kommer jag att bortse från nedskrivna erfarenhetssatser. Jag kommer vidare endast att beakta restriktiv och extensiv tolkning. Objektiv tolkning, vilken kanske verkar ligga nära till hands, kommer således inte att beaktas annat än undantagsvis. Detta beror på att tolkningsprinciperna vid ovisshet eller osäkerhet förutsätts priori-

tera ett avgörande i endera riktningen. Använder domaren en restriktiv metod används en erfarenhetssats endast om det är helt klart att det föreliggande fallet täcks in av dennas betydelseområde. Tolkas en erfarenhetssats extensivt sammanfaller tillämpningsområdet med betydelseområdets yttersta utsträckning. Här föreligger som vi ser full parallellitet med lagtolkning.

När det gäller rättssatser brukar man tala om tolkning och *tillämpning*.²¹ På motsvarande sätt kan vi beträffande erfarenhetssatserna tala om tolkning och tillämpning. Om tolkning av erfarenhetssatser har jag redan talat. Tolkningen avgör om erfarenhetssatsen äger relevans på fakta i målet. När det sålunda rör sig om tillämpning, d v s användning av erfarenhetssatser, så förutsätter jag alltså att det är klarlagt att de är relevanta i det föreliggande fallet. Vad som däremot kan vara oklart är *vilken styrka* erfarenhetssatserna bör tillmätas. Att en erfarenhetssats är vag betyder ju också att dess styrka inte kan fixeras. I stället betyder vagheten i ifrågavarande hänseende att styrkan ligger inom ett visst intervall. Vid restriktiv användning av en erfarenhetssats väljer domaren den lägre styrkan inom intervallet. Vid extensiv tillämpning väljs den högre styrkan.

En erfarenhetssats kan enligt vad som anförts först tolkas t ex restriktivt för att sedan användas restriktivt. Restriktiv tolkning innebär således inte automatiskt restriktiv användning. En erfarenhetssats kan nämligen, som framgått, tolkas restriktivt men sedan tillämpas extensivt. Den kan också tolkas extensivt och tillämpas restriktivt. Här föreligger en skillnad gentemot motsvarande hantering av rättssatser. Skillnaden sammanhänger med att erfarenhetssatserna är empiriska satser vilka har en styrka som i viss mån kan graderas.

Det är emellertid inte alltid som erfarenhetssatser behöver både tolkas och tillämpas. Vidare finns det fall där erfarenhetssater varken kan sägas tolkas eller tillämpas. När det ena eller andra gäller hänger bla samman med beskaffenheten hos den bevisutsaga som aktualiserar erfarenhetssatsen. Vi skall i det följande utreda detta närmare.

²¹ Se avsnitt 1.3.1. Vanligtvis brukar man inte hänföra analogi- och reduktionsslutet till tolkningen. Beträffande erfarenhetssatserna hänförs emellertid — som redan framgått — analogin till tolkningen. Detta beror på att endast den faktiska användningen av en erfarenhetssats räknas till tillämpningen, varvid det alltså redan — genom tolkning — klarlagts att erfarenhetssatsen kan användas.

7.4.3 Om förhållandet mellan tolkning av bevisutsagor och tolkning av erfarenhetssatser

Tidigare i framställningen har sagts att även bevisutsagor måste tolkas.²² Hur förhåller sig nu tolkning av bevisutsagor till tolkning och tillämpning av erfarenhetssatser? Jag skall försöka utreda detta något, men gör inte anspråk på någon fullständighet.²³

Till att börja med vill jag påpeka att tolkning, som Ekelöf framhållit, kan uppfattas som en slags bevisvärdering. Ekelöf nämner som exempel härpå att man försöker utreda vad en brevskrivare menat med ett påstående.²⁴ Vid försöket att fastställa meningen med den skrivna satsen kan stöd sökas i kunskaper om brevskrivaren och dennes värderingar, andra satser i brevet, andra brev som denne skrivit etc.

Jag kommer emellertid att i huvudsak bortse från subjektiv tolkning i det följande. Utgångspunkten kommer i stället att vara, att vi har en vag bevisutsaga, men att det inte finns någon möjlighet till subjektiv tolkning.²⁵ Detta kan bero antingen på att fakta av betydelse för den subjektiva tolkningen är motsägelsefulla och lämnar oss i ovisshet, men det kan också bero på att det inte finns några fakta som kan hjälpa oss att fastställa den subjektiva meningen med utsagan. För övrigt kan det ju även vid subjektiv tolkning krävas tolkning av de utsagor som används till att bestämma den subjektiva meningen med en sats och jag inbillar mig att denna tolkning inte med nödvändighet måste vara subjektiv.

En vag utsaga kan i vissa fall preciseras mot bestämda fakta. Detta kan ske antingen genom tolkning eller genom att vi får kunskap om de fakta som den vaga utsagan baserar sig på (reduktion). I det senare fallet har utsagan enligt den terminologi som här används inte tolkas utan *preciserats*. Reduktion av en vag utsaga kan alltså i vissa fall ske och detta kan ske genom tolkning eller precisering. Säger tex en person att det var "kallt" ute, och vi får veta att det var 20 grader kallt, så behöver vi ju inte spekulera över vad personen kan ha menat med "kallt". Kan vi däremot inte precisera utsagan på detta vis och inte heller tolka den subjektivt (visste vi tex att personen ifråga är väldigt

²² Se avsnitt 5.5.1.

²³ Nämnas bör, att den följande kopplingen mellan tolkning av å ena sidan rättssatser och å andra sidan erfarenhetssatser och bevisutsagor, mig veterligen inte gjorts tidigare i doktrinen.

²⁴ Ekelöf; En essay om tolkning och mening s 10.

²⁵ Angående vaghet se avsnitt 5.3.1.

frusen kanske vi inte skulle tro att det var så "kallt") kan frågan uppkomma om vi skall tolka ordet "kallt" restriktivt eller extensivt. Av tidigare nämnda skäl begränsar jag mig till dessa tolkningsmetoder.

Innan jag går vidare i framställningen vill jag betona vikten av att vaga utsagor på något vis preciseras. Då en utsaga är vag ger den inte ett lika exakt besked om verkligheten som en precis utsaga. Den vaga utsagan träffar sås ett större utsnitt av en möjlig verklighet än en mer exakt utsaga. I rättsliga sammanhang vill vi emellertid helst nå fullständig visshet rörande konkreta faktiska punkter. Då ord är vaga kan det emellertid vara tveksamt vad en utsaga egentligen ger besked om. En företeelse kanske i och för sig kan subsumeras under vissa ord, men måhända har en tänjning skett så att vi ligger i ytterkanten av de använda ordens betydelseområde. Utsagan kan i så fall ge en grovt missvisande bild av vad som inträffat. Som tidigare nämnts blir gränsen mot lögn på detta vis flytande.²⁶

Är en bevisutsaga vag och inte kan preciseras, blir vi naturligtvis mer osäkra på vad som inträffat än om utsagan är precis. Ju vagare utsagan är desto osäkrare blir vi. Är den mycket mörk och dunkel lämnar vi den kanske helt utan avseende. På det angivna sättet blir sålunda bevisvärdet beroende av hur vag en utsaga är.

Bevisvärdering framställs ofta som en rent kunskapsmässig — empirisk — verksamhet.²⁷ Vaga bevisutsagor aktualiserar emellertid användningen av tolkningsprinciper. Val av tolkningsprincip kan, som vi senare kommer att se, ha en avgörande betydelse för frågan om en bevisrelation skall anses föreligga. Bevisvärdering blir därmed inte enbart kunskapsteoretisk, utan den kommer också att influeras av en vilja — manifesterad genom tolkningsprincipen — av hur det bör vara.

Jag övergår nu till att granska relationen i avsnittets rubrik. Till att börja med kan vi skilja mellan sådana erfarenhetssatser som avser ett temas ursprungssannolikhet och sådana som etablerar ett samband mellan olika i målet införda fakta. De förra aktualiseras inte av bevisutsagor utan avser temats sannolikhet inom en viss population. Antag således att vi har följande erfarenhetssats "småföretagare ger i regel inte stora krediter", och att det i ett mål är tvistigt huruvida småföretagaren X gett Y en stor kredit eller ej. Erfarenhetssatsen ifråga anger att det i allmänhet är ovanligt att småföretagare ger stora krediter och denna ursprungssannolikhet kan få betydelse antingen vid bevisvärde-

²⁶ Se avsnitt 5.5.1.

²⁷ Se avsnitt 1.2 och 3.2.

ringen eller vid placeringen av bevisbördan (eller på båda ställena). De senare erfarenhetssatserna etablerar ett samband mellan olika fakta som införts i processen, t ex mellan bevisfaktum och bevistema eller mellan bevisfaktum och hjälpfaktum. Vi vet t ex av erfarenhet att man ser sämre i mörker och denna omständighet (hjälpfaktum), kan påverka bevisvärdet hos en vittnesutsaga (bevisfaktum). Att det var mörkt får rätten ofta kunskap om genom en bevisutsaga, vilken sålunda aktualiserar erfarenhetssatsen ifråga.

Bevisutsagor kan vara inriktade på ett bevisfaktum eller direkt på det rättsrelevanta temat. I det förstnämnda fallet framgår klart hur erfarenhetssatser etablerar relevansen mellan faktorerna ifråga. I det fall bevisutsagan är direkt inriktad på rättsfaktum framgår inte detta lika tydligt. Utsagan framstår här som en direkt reproduktion av temat.²⁸ Ur logisk synpunkt sker emellertid även här flera slutledningar där erfarenhetssatser är relevanta. Jag kommer emellertid här att betrakta bevisutsagor inriktade på själva rättsfaktum som tolkning enbart av bevisutsagor. Anledningen härtill kommer så småningom att framgå.

Vi går nu vidare och gör följande distinktion. Vi kan antingen utgå ifrån att t ex ett vittne faktiskt iakttagit ett bevis- eller rättsfaktum, men att utsagan är vag. Vi vet alltså att vittnet iakttagit något, men då utsagan är vag vet vi inte riktigt *vad* vittnet har sett. Vi kan emellertid också förutsätta att det dels är ovisst huruvida vittnet faktiskt iakttagit något, och dels också, p g a vagheten hos bevisutsagan, vad vittnet — om det nu iakttagit något — verkligen sett. Är utsagan mycket vag kommer vi naturligtvis att känna oss osäkra på om vittnet överhuvudtaget iakttagit något, men det kan också vara så, att vi är säkra på att vittnet iakttagit någon fastän utsagan är mycket vag. Skulle en utsaga vara mycket mörk och dunkel kan den kanske lämnas utan avseende redan på grund av sin vaghet. Vi behöver i så fall inte försöka utreda vilken verklighet som ligger bakom utsagan.

Låt oss nu titta på några exempel, dels för att konkretisera det ovan sagda, och dels för att närmare belysa förhållandet mellan tolkning av bevisutsagor och tolkning av erfarenhetssatser.

Bevisutsaga: Han körde väldigt fort” (ex 1). Vi antar att vi är intresserade av att veta om en bilförare skulle ha kunnat inbromsa sin bil till stillastående på 50 m, vilket han påstår. Vi antar vidare att vi har en erfarenhetssats som säger att bromssträckan är 60 m om hastigheten varit 100 km/tim. Vittnet vill inte göra något bestämt uttalande om

²⁸ Se Stening: Bevisvärde s 62.

hastigheten, men säger att den säkert var högre än 80 km/tim, men troligen inte högre än 120 km/tim. Tolkas nu utsagan snävt (restriktivt) utgår vi från att hastigheten var 80 km/tim. Erfarenhetssatsen kommer därmed att sakna relevans, och förarens påstående kommer att godtas. Tolkas däremot bevisutsagan extensivt utgår vi från att hastigheten varit omkring 120 km/tim. Erfarenhetssatsen blir därmed tillämplig och förarens påstående kommer därmed inte att godtas.

Ett annat exempel är följande (ex 2). Det har betydelse om en försändelse skickats som brev eller som paket. Vi vet av erfarenhet att försändelser som väger mer än 1 kg skickas som paket. Ett vittne som hållit i försändelsen säger att den var "ganska lätt". Vittnet kan emellertid inte precisera sig på ett bestämt sätt. Det säger att försändelsen vägde uppskattningsvis mellan 1 och 2 kg. Tolkas utsagan snävt anses försändelsen ha vägt 1 kg och den erfarenhetssats som säger att den måste ha gått som brev blir därmed tillämplig. Tolkas utsagan extensivt blir den erfarenhetssats som säger att den måste ha gått som paket tillämplig.

Av de två exemplen framgår hur en bevisutsaga genom tolkning preciseras mot bestämda fakta och hur preciseringen ifråga avgör huruvida en erfarenhetssats blir tillämplig eller ej. Då tolkningsprinciperna förutsätts höra till rättsanvändningen är det väl överflödigt att påpeka att rättsliga värderingar här griper in på bevisprövningens område. I sammanhanget bör nämnas att om vi haft tillgång till bestämda fakta, tex att bilen kört 110 km/tim (radarkontroll), eller att försändelsen vägde precis 1,5 kg (kvitto) någon tolkning inte hade blivit aktuell. Utsagorna hade i så fall preciserats och inte tolkats (se distinktion ovan).

Erfarenhetssatser knyter emellertid vanligtvis inte till bestämda fakta, och många utsagor är inte möjliga att reducera till bestämda fakta. Det vanliga i juridiska sammanhang är i stället att erfarenhetssatser knyter till vagt angivna klasser och att vi ofta har att göra med bevisutsagor som inte kan reduceras på ett bestämt sätt. Det finns tex en erfarenhetssats som säger att vi ser sämre i mörker. Begreppet "mörkt" är ett bra exempel på att begrepp med *flytande gränser*. Antag nu (ex 3) att ett vittne säger att han såg A slå ner och råna en person, vilket A förnekar. Vi får vidare veta att det var mörkt när vittnet gjorde sin iakttagelse. Säkert ber rätten i ett sådant fall vittnet precisera sig. Såg det tex träd på 50 m håll? Om vittnet svarar "jadå, ganska bra", och sedan säger "det kanske var mer skymning än mörkt", har en gradation skett inom begreppet "mörkt", men även begreppet "skymning" är ju vagt. Vi ser inte lika bra i skymning som i dagsljus, men vi ser bättre i skymning än i mörker. Hur mycket bättre vi då ser kan emeller-

tid inte anges exakt. Vi antar nu att vi inte kan få ett mer precist besked än att det var "skymning". Vi bör då, eftersom det rör sig om ett brottmål, tolka *erfarenhetssatsen* "man ser sämre i skymning" restriktivt. Detta innebär att vi under satsens betydelseområde endast hänför sådana fall som vi helt klart kan säga faller härunder. För att vara konkret kan man säga att man snarare utgår från att det skymde mot mörker än att dagsljuset började försvinna i skymning. Härav följer att hjälpfaktumets sänkning av vittnesutsagans bevisvärde blir större vid restriktiv än vid extensiv tolkning.

Observera att jag ovan övergick från att tala om tolkning av bevisutsagan till tolkning av erfarenhetssatsen. Varför växlar nu föremålet för tolkningen på det angivna sättet? Svaret på frågan är att begreppet "skymning" i erfarenhetssatsen antas vara *identiskt* med begreppet "skymning" i bevisutsagan. Visserligen är utsagan "det var skymning" singulär, dvs den tar sikte på förhållandena på en bestämd plats vid en bestämd tid. Vi kunde emellertid inte precisera utsagan ytterligare, varför "skymning" i bevisutsagan får antas ha samma betydelse som allmänbegreppet "skymning" i erfarenhetssatsen. Att under denna förutsättning tolka begreppet "skymning" t ex extensivt på båda ställena går därför inte. Däremot vore det i och för sig möjligt att tolka begreppet restriktivt i bevisutsagan och extensivt i erfarenhetssatsen, men i så fall tar man sats tillbaka vad man givit. En sådan operation tjänar därför inget syfte.

Låt oss nu ta ytterligare ett exempel, nämligen följande (ex 4): "Andersson slet upp dörren, rusade ut ur lägenheten och sprang ut på gatan". Är beskrivningen riktig kan Anderssons beteende tyda på att han var på flykt. Den generalisering som här aktualiseras är att den (som i en viss situation) har bråttom kan antas vara på flykt. Säger nu ett annat vittne att "Andersson öppnade dörren med en bestämd handrörelse, gick ut ur lägenheten med spänstiga steg och hastade ner på gatan", så anger denna utsaga inte precis att Andersson hade bråttom, i vart fall inte så bråttom att han kan antas ha varit på flykt.²⁹ Är den första versionen till nackdel för Andersson tolkar vi den snävt, vilket innebär att den andra versionen ges företräde. Nu kan det emellertid finnas hållpunkter i bedömningsmaterialet, vilka med styrka tyder på att den första versionen bäst beskriver Anderssons beteende. Därmed sluter vi oss till att Andersson hade bråttom och det kan då vara uppenbart att den nämnda generaliseringen är tillämplig. I det *uppenbara*

²⁹ Angående dessa exempel jfr ovan avsnitt 5.5.1.

fallet behöver begreppet "bråttom" i generaliseringen inte tolkas, vi kan direkt avgöra att Anderssons beteende kan subsumeras under det samma. Erfarenhetssatsen ifråga kan däremot, om vi även med hänsyn till andra omständigheter finner den tillämplig, tillämpas restriktivt eller extensivt.

Och så ännu ett exempel (ex 5). Vi aktualiserar följande erfarenhetssats: "Aggressiva personer är benägna att bruka våld". Om nu ett vittne säger att "A är aggressiv", ber vi kanske att vittnet preciserar sig: På vilket sätt är Andersson aggressiv? Preciseras utsagan till påståendet "A slog sönder ett bord i fredags", så lämnar vi kanske erfarenhetssatsen därhän, beroende på att en enskild händelse normalt inte ger underlag för användandet av en generalisering. Säger däremot vittnet att "A brukar slå sönder bord", så har vi väl ingen erfarenhetssats som anger hur det förhåller sig med just de som slår sönder bord, men vi kanske generaliserar och tänker att A alltid är aggressiv mot bord, och kanske även mot stolar och bokhyllor. Slutligen kommer vi kanske fram till att A är benägen att bruka våld mot föremål, inklusive människor.

Exemplet är tillspetsat, och jag rekommenderar verkligen inte generaliseringar av denna typ, men vad jag ville visa var följande. En generell term, till vilken vi kan koppla en erfarenhetssats, kan stundom preciseras i riktning mot bestämda fakta i det individuella fallet. För preciserade fakta kanske saknas relevanta erfarenhetssatser. Nyttan med preciseringen är i så fall att den visar oss, att den erfarenhetssats som vi först var benägen att använda, saknar relevans på det föreliggande fallet. Det kan emellertid också hända att preciserade fakta subsumeras under en vagt angiven klass. Frågan huruvida fakta ska lyftas in i klassen beror på hur erfarenhetssatsen tolkas. Tolkas den extensivt kan fallet komma innanför generaliseringen. Anses efter tolkning en generalisering tillämplig, kan den användas extensivt eller restriktivt.

En bevisutsaga kan slutligen vara inriktad direkt på det rättsrelevanta temat. Jag har här, liksom tidigare, utgått ifrån att vi vet att vittnet iakttagit något, men att vi, p.g.a. bevisutsagans vaghet, är osäkra på vad vittnet iakttagit. I sådana fall slår inte erfarenhetssatser en brygga mellan två faktorer, utan vi har kommit till själva slutstationen. Beträffande sådana fall kommer jag emellertid inte att säga något mer än vad som redan sagts. Jag skall bara återigen påpeka att bevisvärdet kan bli lågt enbart p.g.a. vagheten hos en bevisutsaga.

För att sammanfatta och förtydliga. Tolkningen av en bevisutsaga kan leda till att en erfarenhetssats inte alls blir aktuell att använda (ex

1 och 2). Följaktligen aktualiseras i sådana fall inte någon tolkning eller tillämpning av erfarenhetssatser. En vag utsaga kan också i vissa fall preciseras och därvid aktualisera en erfarenhetssats som tar sikte på en specifik situation (se ex 1 och 2). Denna erfarenhetssats behöver då inte tolkas; vi vet ju exakt vad den tar sikte på. Men däremot kan den kanske tillämpas extensivt eller restriktivt. Det är ju möjligt att den specifika erfarenhetssatsens styrka spänner inom ett intervall. Det finns också erfarenhetssatser som tar sikte på specifika situationer och som är exakt bestämda. Sådana erfarenhetssatser behöver varken tolkas eller tillämpas. Som exempel härpå kan nämnas *faderskapsindex*. Om en bevisutsaga är vagt formulerad och inte kan preciseras, samt aktualiserar en generalisering innehållande motsvarande vaga term som bevisutsagan, kan erfarenhetssatsen både tolkas och tillämpas (se ex 3). Om det är uppenbart att en vag bevisutsaga aktualiserar en generalisering, behöver det anknytande begreppet i erfarenhetssatsen inte tolkas, men däremot kan erfarenhetssatsen tillämpas extensivt eller restriktivt (ex 4). En vag bevisutsaga kan preciseras mot bestämda fakta, varvid vi antingen kan finna att ingen känd erfarenhetssats är tillämplig eller att fallet bör lyftas in i en generellt utformad generalisering (ex 5). Frågan huruvida fallet skall lyftas in i en erfarenhetssats beror på hur denna tolkas. Erfarenhetssatsen kan sedan tillämpas extensivt eller restriktivt.

I det följande kommer jag att använda mig av termerna *restriktiv och extensiv bevisvärdering*. Med en restriktiv bevisvärdering menar jag en sådan bevisvärdering som grundar sig på en restriktiv tolkning av bevisutsagor och på en restriktiv tolkning och/eller tillämpning av erfarenhetssatser. Med en extensiv bevisvärdering menar jag en sådan bevisvärdering där bevisutsagor tolkas extensivt och där erfarenhetssatser tolkas och/eller tillämpas extensivt. Utanför den rättsnormerade bevisvärderingen faller därmed endast statistiskt säkerställda frekvenser, vilka passar exakt på det föreliggande fallet, t ex *faderskapsindex*.

Angående termerna "restriktiv" och "extensiv", så är ju detta ett slags relationstermer: man är försiktig (restriktiv) i förhållande till ett visst resultat. När en domare bör använda sig av restriktiv resp extensiv bevisvärdering har antytts, men kommer senare i framställningen att behandlas mer utförligt.

7.4.4 Ytterligare om innebörden av restriktiv och extensiv bevisbedömning

När jag ovan har talat om tolkning och tillämpning av *erfarenhetssatser* har jag avsett *befintliga* sådana. Det kan emellertid också vara tveksamt när en erfarenhetssats *uppkommer*. I ett rättsfall kan vi läsa följande: Med hänsyn till bl a strumpepartiets betydande storlek måste A ha insett att det var stulet. Det förhåller sig emellertid inte så, att det bevis som utgörs av strumpepartiets storlek uppkommer precis vid den brytpunkt där den vaga kvantitativa termen "betydande" definitivt är tillämplig. Var någonstans erfarenhetssatsen ifråga börjar tala för insikt är emellertid omöjligt att ange exakt. Vid 1 par strumpor kan man dock med säkerhet säga att ett sådant erfarenhetsmässigt samband saknas. Är antalet strumpor å andra sidan 200 par är erfarenhetssatsen stark och det spelar då inte någon roll för styrkan hos beviset om vi ökat strumpepartiets storlek med 100 par. Var någonstans — vid vilket antal strumpor — som erfarenhetssatsen börjar tala för insikt kan som sagt inte anges exakt. Kanske börjar detta samband vid intervallet 10-30 par strumpor. Vid en restriktiv bevisvärdering utgår rätten från det högre antalet. En extensiv bevisvärdering innebär att utgångspunkten är det lägre antalet.³⁰

Beträffande analog användning av erfarenhetssatser så kan det ju vara tveksamt om en analogi bör göras. Även om det finns ett erfarenhetsmässigt samband mellan a, b, c och T, är det inte säkert att något samband finns om c saknas, trots att fallen kanske ändå liknar varandra. Att använda en analogi kan alltså vara förenat med en större eller mindre risk. Är det tveksamt om en analogi bör göras — skälen som talar för resp emot är ungefär jämnstarka — så görs den inte vid en restriktiv bevisvärdering. Är däremot bevisvärderingen extensiv utförs analogin.

Vid en restriktiv bevisvärdering är rätten också försiktig vid utfyllnaden av en optimal erfarenhetssats och vid uppställandet av enskilda fiktiva erfarenhetssatser. Är bevisvärderingen extensiv är den konstruktiva verksamheten av större omfattning.

Jag vill här erinra om att jag med en optimal erfarenhetssats menar ett sådant stereotypt mönster under vilket ett händeseförlopp subsumeras. Den optimala erfarenhetssatsen består i regel av flera olika erfarenhetssatser, vilka var för sig tar sikte på olika moment i ett händeseförlopp. De skilda momenten subsumeras sedan under

³⁰ Jfr resonemanget ovan avsnitt 3.6.6 vid not 96.

mönstret ifråga. Vid eventuell utfyllnad av den optimala erfarenhetssatsen med hjälp av antaganden om samband mellan luckor i mönstret kan enskilda fiktiva erfarenhetssatser användas. Är domaren restriktiv vid uppställandet av enskilda fiktiva erfarenhetssatser blir följaktligen utfyllnaden av den optimala erfarenhetssatsen begränsad. Är å andra sidan domaren mer frikostig vid uppställandet av fiktiva erfarenhetssatser får den utfyllande verksamheten större omfattning.³¹

På grund av erfarenhetssatsernas vaghet måste i regel värdet av ett bevisfaktum bestämmas intuitivt.³² Även om det är helt klart att ett erfarenhetsmässigt samband finns, kan domaren således i regel inte säga att ett bevis har ett exakt värde, tex 0,75. I stället finns en viss osäkerhet. Denna osäkerhet kan markeras genom att bevisvärdet anges ligga inom ett visst intervall, tex mellan 0,6 och 0,8. Dessa värden betecknar då det lägsta resp det högsta värdet som domaren är beredd att ge beviset.³³

De beviskrav som vanligen används, dvs "antagligt", "sannolikt", "styrkt" och "uppenbart" kan inte heller översättas till exakta siffror. Vi kan tex inte säga att "styrkt" motsvarar exakt 0,75 eller att "antagligt" motsvarar precis värdet 0,6. Verkligheten låter sig inte graderas på detta vis. Men även beviskravet kan förläggas inom vissa intervaller.³⁴ Sålunda skulle tex "styrkt" kunna förläggas inom intervallet 0,6-0,8.

Av vad som ovan anförts följer att domaren vid en restriktiv bevisvärdering bör välja bevisets lägsta värde och tolka beviskravet så att det ligger inom det högre intervallet. Vid extensiv bevisvärdering bör det omvända gälla.

Som framgått uppträder vid bevisvärderingen en hel del problem. Skall domaren, om han finner att det är tveksamt om en erfarenhetssats kan användas analogt, använda den eller ej? Bör domaren vara försiktig med att fylla ut erfarenhetssatser och i så fall när? Om det är tveksamt när en erfarenhetssats uppkommer, vilken utgångspunkt bör väljas? Vilket värde på ett bevis bör domaren välja, det högsta

³¹ Angående konstruktion av erfarenhetssatser, se avsnitt 6.9.

³² Jfr avsnitt 3.5.

³³ Se Stening: Bevisvärde s 60 f och Heuman i Advokaten 1986 s 50.

³⁴ Ekelöf har i rättegång 4 (4:e uppl) s 31 invänt, att det saknar mening att förlägga bevisvärdet inom intervaller pga att beviskravet inte kan fixeras. Vi kan därför, menar han, likväl inte avgöra om beviskravet har uppnåtts eller ej. Förlägger vi även beviskravet inom intervaller förlorar denna invändning sin huvudsakliga tyngd.

eller det lägsta? Hur skall domaren kunna avgöra om ett faktum är bevisat när både bevisvärde och beviskrav flyter inom relativt breda intervaller? När bör en bevisutsaga tolkas restriktivt resp extensivt?

Det är med tanke på vad som anförts inte konstigt att bevisbedömningen kan utföras olika av olika domare och mellan olika instanser. Medan en domare kan utgå ifrån ett bevis högsta värde kan en annan domare utgå ifrån dess lägsta värde. Och även om domarna utgår från samma värde på beviset kan de likväl, genom att beviskravet inte kan fixeras, komma till skilda uppfattningar rörande frågan om ett faktum bevisats.

Det är naturligtvis en olägenhet att bedömningen av sakfrågan kan variera på detta vis och det vore därför enligt min mening önskvärt med riktlinjer som angav hur sakfrågan i skilda fall skall bedömas. När det gäller bedömningen av rättsfrågan har ju, som ovan nämnts, utvecklats tolkningsprinciper. Några motsvarande användningsregler för hanteringen av erfarenhetssatser och bevisutsagor finns emellertid inte. Möjligtvis beror detta på att förekomsten av principer härvidlag skulle anses kränka principen om fri bevisprövning. Värdet på ett bevis kan dock inte, som regel, exakt bestämmas. Det finns alltså inget fixerat "naturligt sannolikhetsvärde". Ett bevis värde kan många gånger lika gärna antas vara 0,6 som 0,8. Var domaren än lägger sig inom detta intervall är bedömningen fullt förenlig med principen om fri bevisprövning. Om således domaren följer en rekommendation att i vissa fall alltid välja det lägsta värdet har RB 35:1 inte kränkts.

För att kort sammanfatta. Jag har gjort gällande att vaga bevisutsagor behöver tolkas och att erfarenhetssatser — med vissa begränsningar — kan tolkas och tillämpas på ungefär samma sätt som rättssatser. Jag har också sagt, att en restriktiv bevisvärdering innebär att bevisutsagor tolkas restriktivt och att erfarenhetssatser tolkas och/eller tillämpas restriktivt, och att det omvända gäller vid extensiv bevisvärdering. Vad jag däremot inte sagt särskilt mycket om är *i vilka fall* bevisvärderingen bör vara restriktiv resp extensiv. Till detta kommer jag först i nästföljande avsnitt. Dessförinnan skall påvisas att det föreligger ett samband mellan tolkningsmetod och beviskravets höjd. Vidare skall vi se att den fria bevisprövningen tjänar ett helt annat syfte än en ändamålsplacerad bevisbörda. Dessa samband och brist på samband utgör viktiga element i de rekommendationer som sedan följer angående bevisvärderingen.

7.5 Om sambandet mellan tolkning och beviskrav

Till att börja med vill jag påpeka den triviala, men ändå viktiga omständigheten, att regler tillämpas på sakförhållanden. Det måste alltså ha inträffat något (eller inte inträffat något) för att det skall bli aktuellt att använda en regel. Hur stark bevisning som erfordras för att ett sakförhållande skall läggas till grund för en dom anges av det tillämpliga beviskravet. Beviskravet kan vara angivet i lagen, men det är också möjligt att lagen tiger på denna punkt. Ifall ingenting sägs i lagen om vilket beviskrav som är tillämpligt, bör detta, enligt Ekelöf, vara "styrkt". Enligt Ekelöf bör nämligen detta vara ett normalkrav på bevisstyrkan.³⁵

De lägsta beviskrav som lagen anger är "kan misstänkas", "skälig anledning", "antagligt" eller liknande. Det högsta beviskravet är "uppenbart". I vissa fall räcker det således med att ett sakförhållande görs "antagligt" för att en regel skall få tillämpas, medan i andra fall ett sakförhållande måste göras "uppenbart".

Syftet med att bevisbördan läggs på viss part och att beviskravet sätts högt behöver inte vara att man därigenom vill åstadkomma materiellt riktiga domar. Följande uttalande av Ekelöf är härvid av intresse:

³⁵ Se avsnitt 1.2 vid not 6 och avsnitt 9.3 samt där gjorda hänvisningar.

³⁶ Ekelöf: Rättegång IV s 115. Se även Olivecrona: Beviskyldigheten s 130. De materiella reglernas genomslagskraft förutsätter enligt Ekelöf och Olivecrona inte — såvitt gäller användningen av bevisbörderegler — att målen i så hög grad som möjligt får en materiellt riktig utgång. Detta slår de fast som om det vore ett oomtvistligt faktum. Man kan emellertid ställa ifråga om det verkligen förhåller sig på det angivna viset. För det första torde det väl vara en förutsättning för domstolarnas möjlighet till en ändamålsenlig styrning av handlingsvanorna i samhället, att de kan vara någorlunda säkra på att ett avgörande grundas på händelser som faktiskt inträffat. I annat fall kan ju domstolen inte vara säker på att det finns något behov av styrning på det ifrågavarande området. Domar med handlingsdirigerande effekt, vilka saknar ett tillförlitligt empiriskt fundament, skulle i själva verket kunna ställa till med stor skada. För det andra kan ifrågasättas om inte Ekelöfs och Olivecronas uppfattning innebär en underskattning av den enskilde individens *berättigade* krav på en rättvis behandling. Människor i allmänhet torde nämligen inte vara benägna att inrätta sig efter domar som de uppfattar som klart felaktiga. På grund härav tror jag inte att man kan erhålla en handlingsdirigerande effekt om inte samhällsmedborgarna får domar som strävar efter materiell rättvisa. Att en dom bör vara materiellt riktig hindrar emellertid inte att samma dom samtidigt kan vara handlingsdirigerande. Det är önskvärt att hänsyn tas till båda aspekterna. Att även bevisvärderingen, samtidigt som den främjar det materiellt riktiga, också kan bidra till att realisera ändamålet med de materiella reglerna kommer att påvisas.

”Vad bevisbördereglerna skall bidra till är att de materiella reglerna får genomslagskraft i samhällslivet. Att detta blir fallet förutsätter inte att de mål, där sakfrågan ej kunnat utredas, i så hög grad som möjligt får en materiellt riktig utgång.”³⁶

De materiella reglerna får enligt uttalandet genomslagskraft genom att bevisbördan läggs på viss part, och genom att ett beviskrav av viss styrka riktas mot denne. Som exempel på ändamålsresonemang anføres ofta att bevisbördan för betalning bör åvila gäldenären för att borgenärer skall våga låna ut pengar. Det mot gäldenären riktade beviskravet bör vidare vara ”styrkt”, d.v.s. ganska högt för att mota Olle i grind. Hade i stället borgenären bevisbördan, eller det mot gäldenären riktade beviskravet varit endast ”antagligt”, skulle borgenärer inte våga låna ut pengar, vilket skulle inverka menligt på det sk omsättningsintresset.³⁷

Andra exempel på ändamålsresonemang är följande. Den som påstår att ett avtal innehåller en klausul som avviker från köplagens bör bära bevisbördan, eftersom köplagens ändamål är att underlätta slutandet av köpeavtal.³⁸ Regleras inte bevisbördan på detta vis blir båda parter tvungna att säkra skriftlig bevisning, vilket vore betungande och skulle hindra omsättningen.³⁹ Detsamma bör gälla ifall en åberopad klausul strider mot en icke lagfäst rättsregel som grundas på rådande handelsbruk.⁴⁰ Tvistar parterna om innebörden av en särskild klausul, för vilken det finns en dispositiv regel, kan problemet lösas med utgångspunkt från samma resonemang.⁴¹ Är säljaren och köparen eniga om att den senare erhållit kredit, men tvisten rör kredittidens längd, bör bevisbördan åvila köparen, om denne påstår den största avvikelsen från den dispositiva regeln.⁴²

Den teleologiska rättstillämpningsmetoden får på det ovan angivna sättet betydelse för hur bevisbördan placeras och hur högt beviskravet sätts.

Låt oss nu ta upp den andra biten i Ekelöfs påstående, nämligen att det för att de materiella reglerna skall få genomslagskraft — såvitt gäller placeringen av bevisbördan — saknar betydelse om sakfrågan

³⁷ Ekelöf: Rättegång IV s 102 ff.

³⁸ A a s 108.

³⁹ A st.

⁴⁰ A st.

⁴¹ A a s 109.

⁴² A st.

fått en riktig utgång, och se på ändamålet bakom principen om fri bevisprövning.

Anledningen till att principen om fri bevisprövning infördes var framför allt att man ville skapa förutsättningar för erhållandet av materiellt riktiga domar.⁴³ För att detta mål skulle kunna realiseras infördes omedelbarhets-, koncentrations- och muntlighetsprincipen. Införandet av dessa principer åstadkom stora förändringar i förfarandet, och det kan inte råda någon tvekan om att materiellt riktiga domar betraktades som mycket värdefulla.

Det framgår även av Ekelöfs utläggningar om bevisvärdering, där han ställer upp subtila räkneregler för sammanräkning av bevisvärdet, att också han anser det viktigt att domar blir materiellt riktiga. Mot bakgrund av hans insatser på bevisvärderingens område, och hans inställning till denna, blir man förvånad över att den materiellt riktiga domen får stå tillbaka för ändamålsöverväganden när det gäller placeringen av bevisbördan. Det är ju bevisvärderingen som föregår användningen av bevisbörderegler, och om nu bevisbördan inte skall syfta till att främja materiellt riktiga domar, kan man undra över varför man bör vara så noggrann vid bevisvärderingen. Ja, man kan mena att det ena utesluter väl inte det andra. Man kan ha som målsättning dels att vara noggrann vid bevisvärderingen och dels att lägga bevisbördan så att den främjar de materiella reglernas genomslagskraft. Det synes dock inte vara så enkelt. Principerna ifråga är inte samordnade med varandra utan strävar åt olika håll. Den fria bevisprövningens syfte är att skapa materiellt riktiga domar och tar inte någon hänsyn till den handlingsdirigerande aspekten. Bevisbördans placering på ena parten enligt ett ändamålsinriktat resonemang tar å andra sidan inte hänsyn till om därmed befrämjas uppnåendet av en materiellt riktig dom.

Ja, man kan gå så långt som till att säga att principerna ifråga inte bara strävar åt olika håll, utan att de också ligger i konflikt med varandra. Det förhållandet att bevisvärderingen är fri innebär ju att en gäldenär kan vinna ett kravmål mot en borgenär, fastän gäldenären belastas av bevisbördan och det mot honom riktade beviskravet är relativt högt. Och den som påstår att ett avtal innehåller en klausul som avviker från köplagens bestämmelser kan likaledes vinna målet, fastän det mot honom riktade beviskravet är högt. I dessa fall slår s a s bevisvärderingen ut bevisbördan, men detta är inte något som är önskvärt om vi

⁴³ Se avsnitt 2.5. Som där påpekas ville man också komma tillrätta med det muntligt-protokollariska förfarandets långsamhet.

anlägger den handlingsdirigerande aspekten. Dessa fall kommer nämligen inte att bidra till att förverkliga den materiella rättens ändamål.

Tänker vi oss nu att gäldenärer av någon märklig anledning ofta skulle vinna mål rörande utebliven betalning, skulle detta ske på bekostnad av den materiella rättens syfte, varvid den handlingsdirigerande funktionen skulle komma att urholkas. Förskjutningen bort från handlingsdirigering skulle i ett sådant läge kunna stoppas genom en skärpning av beviskravet. Räcker inte detta återstår i slutändan inget annat än att tillgripa *legala bevismedel*. Med sådana tillgodoses maximalt kravet på handlingsdirigering. Krävdes tex skriftlig bevisning för att betalning erlagts (kvitto), skulle inte många gäldenärer våga erlagga betalning utan att begära kvitto. Ett påstående om betalning i process vore därmed utsiktslöst utan det skriftliga beviset. I detta skulle vi därmed ha en garant för den ifrågavarande materiella regelns genomslagskraft.

När Ekelöf i detta sammanhang fäster så liten vikt vid den materiellt riktiga domen, kan man undra över varför han inte själv förordar en återgång till legal bevisreglering. Man kunde ju förvänta sig dylika rekommendationer, i vart fall när det gäller förmögenhetsrättsliga regler. Anledningen till att han inte framställer sådana förslag framskymtar när han säger att säkrandet av skriftlig bevisning vore betungande och skulle hindra omsättningsintresset.⁴⁴ Rimligtvis förhåller det sig emellertid så, att ovissheten om hur sakfrågan kommer att bedömas är mer hämmande för omsättningsintresset än vad det är att säkra skriftlig bevisning.

Om vi önskar domar med styreffekt är, som vi sett, den fria bevisprövningen närmast att betrakta som ett irritationsmoment. Önskar vi å andra sidan att ensidigt främja intresset av materiellt riktiga domar, bör vi överhuvudtaget inte använda oss av bevisbörderegler. I sådant fall bör vi som regel välja det mest sannolika alternativet, ma o använda oss av *övertviksprincipen*.⁴⁵ Då erhåller vi i längden den största *kvantiteten* materiellt riktiga domar. I motsats härtill ger en bevisbördereglering med ett högt beviskrav en ganska god garanti för att bifallande domar är materiellt riktiga. Men pga det höga beviskravet kommer det att inom gruppen ogillande domar att finnas en stor andel som egentligen är materiellt riktiga.

⁴⁴ Ekelöf: Rättegång IV s 108.

⁴⁵ Bolding: Bevisbördan s 94 och Eckhoff s 64. Jfr däremot Ekelöf: Rättegång IV s 115. Att Ekelöf förnekar att övertviksprincipen befrämjar materiellt riktiga domar sammanhänger med det värdemetodiska synsättet, se härom avsnitt 4.5.3.

Jag har ovan gjort en utvikning om förhållandet mellan bevisbörda/beviskrav och en materiellt riktig dom. Det har därvid visat sig att ett beviskrav som är högt primärt kan tjäna ett annat syfte än att åstadkomma en materiellt riktig dom, nämligen det syftet att ge de materiella reglerna genomslagskraft i samhällslivet. Det ovan anförda har också visat hur en tolkningsprincip — den teleologiska — har betydelse för bestämmandet av bevisbörda och beviskrav. Slutligen har visats att det föreligger olika syften bakom å ena sidan principen om fri bevisprövning och å andra sidan en ändamålsplacerad bevisbörda, samt att principerna ifråga inte är samordnade med varandra.

Ett annat exempel på hur lagtolkning och beviskrav hänger samman är brottmål. Användningen av de straffrättsliga reglerna styrs av legalitetsprincipen. Denna princip säger att den tilltalade inte får fällas utan stöd i lag, vilket dels innebär förbud mot retroaktiv rättstillämpning och dels att domstolen inte får straffa någon för något som inte inryms i en lagbestämmelse.⁴⁶ Grundsatsen har tillkommit av rättssäkerhetshänsyn och fordrar en restriktiv tolkning av straffbuden. Den restriktiva tolkningen innebär att rätten, ifall det är tveksamt om en gärning faller under ett straffstadgandes betydelseområde, hellre bör fria än falla. Den innebär också att rätten bör vara försiktig med analog rättstillämpning.

Legalitetsprincipen skulle bli en tom och innehållslös fras om beviskravet vore lågt, t.ex. "antagligt". Visserligen skulle straffbuden fortfarande kunna tolkas restriktivt, men det hjälper inte om de kan användas på svagt underbyggda sakförhållanden. I så fall skulle nämligen frekvensen av fällande domar öka och antalet oskyldigt dömda bli fler. På omvänt sätt förhåller det sig om en regel skall tolkas extensivt. Sådan tolkning blir aktuell bl.a. om det är frågan om en regel som är avsedd att tillvarata den enskildes fri- och rättigheter gentemot staten. Om beviskravet sätts högt kommer regeln inte att kunna ge det avsedda skyddet. Det hjälper nämligen inte med en frikostig tolkning, om domstolen samtidigt är krävande på bevissidan. Antalet fall där regeln erbjuder skydd blir i så fall ringa. Och skulle beviskravet vara extremt högt blir regeln nästan helt verkningslös.

Av de anförda exemplen framgår sambandet mellan tolkning och beviskrav tydligt. Reglerna måste tolkas på ett visst sätt för att inte förfela sitt syfte och beviskravet måste anpassas efter dessa syften för

⁴⁶ Att retroaktiv rättstillämpning inte är tillåten framgår i och för sig redan av att den tilltalade inte får dömas utan stöd av lag.

att reglerna skall få avsedd verkan.

Jag har hittills mest talat om beviskravet och dess höjd, men givetvis bör bevisbördan som *huvudregel* placeras efter samma överväganden. Om sålunda en regel bör tolkas restriktivt bör den som menar att regeln är tillämplig åläggas bevisbördan för fakta som kan göra regeln tillämplig. Om en regel bör tolkas extensivt bör den bära bevisbördan som menar att regeln inte är tillämplig. Den teleologiska metoden har tidigare berörts.

Det är svårare att se sambandet mellan beviskravets höjd och tolkning vid användandet av en objektiv metod. Antagligen beror detta på att sådan tolkning förekommer vid användning av regler av mer "neutral" karaktär. Det av Ekelöf förordade normalkravet "styrkt" torde också vara avsett att användas på bla regler där objektiv tolkning är aktuell. Att det överhuvudtaget är möjligt att tala om ett "normalkrav" måste rimligtvis betyda att reglerna inte berör sådana områden att ett särskilt högt eller särskilt lågt beviskrav är motiverat.

Ett rimligt antagande är att domstolen vid objektiv tolkning, vid vilken den språkliga betydelsen hos rekvisiten är avgörande, eller åtminstone har mycket stor betydelse, kan finna det i stort sett likgiltigt i vilken riktning avgörandet går. Att en objektiv tolkning blir aktuell kan bero på att regeln är sådan att nyttan eller intresset av ett avgörande i ena riktningen inte är större utan likvärdigt med ett avgörande i andra riktningen. Att i ett sådant fall laborera med normalkravet "styrkt" saknar då grund. I stället bör det mest sannolika alternativet väljas. Särskilda omständigheter, tex bevissvårigheter, bör dock kunna medföra att bevisbördan även i sådana fall läggs på ena parten.

Även i många andra fall bör överviktsprincipen kunna användas. Antag tex att *båda* parter i en avtalstvist åberopar klausuler som avviker från köplagens reglering, eller att parterna tvistar om innebörden av en klausul för vilken det *inte* finns någon dispositiv regel, eller att båda åberopar klausuler som strider mot rådande handelsbruk. I fall som dessa kan man inte falla tillbaka på köplagen och dess ändamål att underlätta slutandet av avtal, eftersom ingen av parterna åberopar köplagens bestämmelser. Och jag kan inte se att i fall som dessa nyttan av en dom i ena riktningen är större än nyttan av en dom i andra riktningen. Då sådana skäl inte gör sig gällande bör enligt min mening överviktsprincipen användas. Det bör vidare observeras att vid avtalstvister där båda parter åberopar regleringar vilka avviker från köplagens bestämmelser, det aldrig kan bli aktuellt att försöka utreda lagens ändamål. I sådana fall är de omtvistade rättssatserna av rent "privat"

karaktär.

Det nu föreslagna sättet att reglera bevisbördan bygger i grunden på Olivecronas synsätt. Han utgår ju ifrån att tolkningen av regeln skall avgöra hur bevisbördan placeras. Olivecrona ser emellertid endast på ändamålet med regeln, dvs han beaktar bara den *teleologiska* tolkningen. Han nämner därvid aldrig att det finns andra sätt att tolka regler. Det synes emellertid inte troligt att han förbisett existensen av andra tolkningsmetoder och att det därvid finns en möjlighet till konflikt.

En konflikt förutsätter dock att vi antar att tex restriktiv tolkning har ett annat syfte än teleologisk tolkning. Om vi, givet detta antagande, utgår ifrån att en regel, enligt tex ett uttalande i förarbetena, skall tolkas restriktivt, blir i så fall resultatet egendomligt om samma regel, såvitt gäller placeringen av bevisbördan, tolkas teleologiskt. Som jag visade i inledningskapitlet avgör nämligen tolkningsmetoden vilka fakta i ett händelseförlopp som är rättsligt relevanta.⁴⁷ Används nu en restriktiv metod, och denna antas ha ett annat syfte än den teleologiska metoden, kommer vi att precisera den tillämpliga rättssatsen på ett annat sätt än om en teleologisk metod hade använts. När sedan bevisbördereglerna används så förutsätts rättssatsen ha blivit preciserad. Griper man på detta stadium in med ett ändamålsresonemang kan detta, under den givna förutsättningen, innebära att hela rättssatsen ompreciseras och får ett annat innehåll. Men detta bör ju inte — vid en subjektiv metod — få ske om lagstiftaren sagt att den ifrågavarande regeln bör tolkas restriktivt.

Olivecrona är dunkel i sina resonemang om att bevisbördan bör placeras så, att ändamålet med de materiella reglerna tillgodoses. Och han kopplar inte ihop sitt resonemang med andra tolkningsmetoder. Jag tror emellertid inte att det föreligger någon metodkonflikt. Det förhåller sig ju rimligtvis så, att för att en regel skall få genomslagskraft i samhällslivet, den bör tolkas restriktivt, extensivt. etc. *Målet* är m a o de materiella reglernas genomslagskraft och *medlen* att nå detta mål är de olika tolkningsprinciperna.⁴⁸ Betraktat på detta vis är det teleologiska resonemanget mer ett uttryck för ett *rättspolitiskt ställningstagande* än en juridisk tolkningsmetod avsedd att användas på individuella rättsatser. I enlighet härmed anger den teleologiska principen att en rätts-

⁴⁷ Se avsnitt 1.4.

⁴⁸ Jfr Ekelöf: Rätttegång IV s 100 som säger att bevisbördans placering måste bli beroende av om den materiella regeln bör tillämpas analogt eller e contrario.

sats bör tolkas restriktivt, extensivt, objektivt etc. Därmed följer att ändamålet med de materiella reglerna kommer att realiseras om bevisbörda och beviskrav bestäms efter de särskilda tolkningsprinciper som kan gälla för olika rättsregler och inom olika rättsområden. Det föreligger således enligt det anförda inte något motsatsförhållande mellan *tex* restriktiv och teleologisk tolkning; det är i vissa fall ändamålsenligt med restriktiv tolkning.

7.6 Rättsnormerad bevisvärdering

I avsnitt 7.4.2 gjorde jag paralleller mellan tolkning av rätts- och erfarenhetssatser. Jag talade bl a om att erfarenhetssatser kunde tolkas och tillämpas restriktivt och extensivt. I avsnitt 7.4.3 gjordes vissa kopplingar mellan å ena sidan tolkning av bevisutsagor och å andra sidan tolkningen av rätts- och erfarenhetssatser. Där sades också att rätten vid restriktiv bevisvärdering tolkar bevisutsagor restriktivt, samt tolkar och/eller tillämpar erfarenhetssatser restriktivt, och att det omvända gällde vid extensiv bevisvärdering. Beträffande frågan i vilka fall det ena eller andra sättet att värdera bevisningen borde användas sades inte så mycket. Det föregående avsnittet behandlade bl a sambandet mellan å ena sidan tolkning och å andra sidan bevisbörda och beviskrav. Där framgick att bevisbörda och beviskrav måste anpassas till tolkningen.

I detta avsnitt skall jag ta upp den fråga som hittills lämnats i stort sett öppen, nämligen: När bör bevisvärderingen vara restriktiv resp extensiv?

Jag tror att läsaren redan anat innehållet i den rekommendation som följer i denna fråga. Men för säkerhets skull är det bäst att formulera den explicit: Huruvida bevisvärderingen skall vara restriktiv eller extensiv bör bestämmas av de tolkningsprinciper som gäller för den ifrågavarande materiella regeln.

I brottmål, där reglerna tolkas restriktivt, bör således — vilket redan framgått — domaren alltid tolka bevisutsagor till nackdel för tilltalad restriktivt. Han bör också alltid tolka och/eller tillämpa erfarenhetssatser restriktivt för fakta (utsagor) som är till nackdel för den tilltalade. Detta innebär bl a att domaren i tveksamma fall avstår från att använda en erfarenhetssats analogt, att han är försiktig med att fylla ut erfarenhetssatser samt att han alltid väljer bevisets lägsta värde. Är däremot en bevisutsaga eller en erfarenhetssats till förmån för den tillta-

lade bör bevisutsagan tolkas extensivt och den ifrågavarande erfarenhetssatsen tolkas och/eller tillämpas extensivt. Vidare bör i så fall domaren i tveksamma fall använda erfarenhetssatser analogt, vara mer djärv vid utfyllnaden av en erfarenhetssats samt alltid välja bevisets högsta värde.⁴⁹

Skälen till den givna rekommendationen är identiska med de som anförts beträffande kopplingen mellan bevisbörda/beviskrav och tolkning. Legalitetsprincipen fordrar för att bli effektiv, inte bara en restriktiv tolkning och ett högt beviskrav, utan även att bevisningen värderas på det angivna sättet.

Det är således enligt min mening uppenbart oförenligt med de tankar som ligger bakom legalitetsprincipen att domaren, beträffande fakta till den tilltalades nackdel, konsekvent tolkar och tillämpar erfarenhetssatser extensivt; i tveksamma fall använder erfarenhetssatser analogt, i betydande utsträckning fyller ut erfarenhetssatser och alltid väljer ett bevis högsta värde. Det skydd som den restriktiva tolkningen av straffbudet ger går i så fall till en betydande del förlorad genom inställningen till bevisfrågorna. Visserligen skulle en utjämning kunna antas ske om domaren intog en extensiv hållning *både* till bevis som är till för- resp nackdel för den tilltalade. Generell extensiv bevisvärdering måste dock rimligtvis – såvida inte beviskravet samtidigt höjs – leda till att domaren lättare fyller beviskravet än om han är restriktiv beträffande viss typ av bevisning och extensiv såvitt gäller annan typ av bevisning.

Om en rättssats bör tolkas extensivt bör förhållandet bli det omvända jämfört med restriktiv tolkning. Bevisvärderingen bör således vara extensiv beträffande bevisutsagor och erfarenhetssatser som talar för en tillämpning av regeln och restriktiv vad gäller bevisutsagor och

⁴⁹ Jag vill återigen påpeka att utgångspunkten är den — såvitt gäller tolkning av bevisutsagor — att subjektiv tolkning inte leder någon vart. Subjektiv tolkning kommer alltså, åtminstone i princip, före restriktiv eller extensiv tolkning. Skulle emellertid en subjektiv tolkning av en vag bevisutsaga, vilken är till nackdel för tilltalad, bara svagt antyda att verkligheten varit beskaffad på ett visst sätt, kan emellertid ifrågasättas om inte en restriktiv tolkning (vilken förutsätts vara mer förmånlig för den tilltalade) borde få ta över. Vi måste nämligen hela tiden ha klart för oss tolkningens *syfte och funktion* i en rättegång. Vore det så, att vi endast önskade veta vad en person menat, skulle vi i och för sig kunna nöja oss med en mycket svagt underbyggd subjektiv tolkning. I brottmål har emellertid utsagan också den funktionen att den kan utgöra ett *bevis för skuld* hos den tilltalade. Särskilt i marginalfallen, dvs i de fall där den subjektiva tolkningen ger ett osäkert resultat, blir det därmed väsentligt att se på vilka konsekvenser den ena eller andra tolkningen ger.

erfarenhetssatser som talar mot att regeln skall tillämpas. Talar en bevisutsaga eller en erfarenhetssats både för och emot att regeln skall tillämpas bör bevisvärderingen vara restriktiv beträffande dessa omständigheter om de med större styrka talar för att regeln inte bör tillämpas än för att den bör tillämpas. I annat fall bör bevisvärderingen beträffande dessa omständigheter vara extensiv. Motsvarande bör gälla vid restriktiv tolkning.

Om en rättssats tolkas teleologiskt, och det befinns mer ändamålsenligt att bevisbördan läggs på A än på B, bör domaren värdera A:s bevisning restriktivt och B:s bevisning extensivt. Tolkas en regel subjektivt, och det därvid framgår att lagstiftaren velat att vissa sakförhållanden bör falla under regelns tillämpningsområde, bör bevisningen värderas extensivt om den talar för existensen av detta sakförhållande och restriktivt om den talar mot existensen av sakförhållandet ifråga. Talar vid subjektiv och teleologisk tolkning ett och samma faktum både för och emot tillämpningen av regeln gäller samma som anförts beträffande extensiv och restriktiv tolkning.

Jag vill här inskjuta att det rekommenderade sättet att hantera bevisvärderingen kan leda till vissa förskjutningar i de rättsliga värderingsprocesserna. Som bekant aktualiseras ju bevisbördefrågor först sedan bevisningen värderats. Då nu frågor om bevisbörda, beviskrav, tolkning och bevisvärdering kopplats samman, kan det bli erforderligt, att rätten vid ställningstagandet till om ett relevant faktum bevisats, går tillbaka och justerar bevisvärderingen. Det är väl nämligen ofta så, att rätten först värderar bevisningen utan att tänka så mycket på bevisbördans placering. Först om det är tveksamt om bevisningens styrka är tillräcklig aktualiseras bevisbördefrågan. Vidare blir tolkningsfrågan akut först om rättsfrågan är tveksam. Vi kan alltså ha det läget att rätten, efter att den värderat bevisningen, känner sig tveksam både till frågan om bevisbördans placering och till tolkningen och dessa tveksamheter hänger enligt det ovan anförda ihop med varandra. Om nu rätten bestämmer sig för att det är mer ändamålsenligt att bevisbördan drabbar A i stället för B, men samtidigt vid en första bevisvärdering som inte varit rättsnormerad, funnit att A med knapp marginal fullgjort sin bevisbörda, bör den enligt mina rekommendationer gå tillbaka och utföra en rättsnormerad bevisvärdering. Resultatet härav kan bli att A förlorar målet.

Tolkas en regel objektivt bör, som tidigare nämnts, överviktsprincipen kunna användas, eftersom i sådana fall en dom i ena riktningen inte kan antas vara mer värdefull än en dom i andra riktningen. I den mån överviktsprincipen används spelar det inte någon roll om bevisningen värderas extensivt eller restriktivt. Det finns ju inga skäl att prioritera

ett avgörande i någon riktning. Båda parter bevisning bör emellertid värderas enligt samma hållningssätt. Skall någon princip för bestämmandet av bevisvärdet anges kan det vara lämpligt att domaren tar ett "mittvärde" d v s ett värde som ligger mitt emellan det som en restriktiv och extensiv bevisvärdering ger.⁵⁰

Ett problem i sammanhanget är emellertid att även beviskraven flyter inom vissa intervaller. Säg att t ex "styrkt" ligger någonstans mellan 0,6 och 0,8. Jag har tidigare sagt att vid restriktiv bevisvärdering beviskravet bör tolkas så, att det motsvarar det högre värdet i intervallet, och att det vid extensiv bevisvärdering bör anses motsvara det lägre intervallet. Jag vill emellertid påpeka att vi får skilja mellan å ena sidan den bevisvärdering som rör enskilda fakta och å andra sidan ställningstagandet till den *sammanlagda* bevisningens styrka. För bevisfakta gäller inte något beviskrav. Det är alltså först vid det slutliga ställningstagandet som vi har att göra en jämförelse med det i lagen angivna beviskravet.

Det hittills anförda om samordningen mellan bevisvärdering och rättstillämpning utgör rekommendationer om huvudregler. Vad beträffar den närmare fördelningen av bevisbördan i enskilda fall kan vissa modifikationer vara nödvändiga eller önskvärda, vilket kan leda till justeringar i schemat. Som jag senare kommer att visa finns det ibland skäl att inom ramen för samma rättsfaktum fördela bevisbördan mellan parterna.⁵¹ Görs det t ex gällande att en handling är culpös, att solvens föreligger, att en rättshandling är oskäligen etc, så kan det bli med hänsyn till att vissa fakta är svårbevisade, eller att den ena parten har lättare att föra bevisning, vara rimligt att omfördela bevisbördan. Det ankommer t ex på käranden att styrka sådana fakta som gör en rättshandling "oskäligen". Men om nu svaranden har betydligt lättare att bevisa en omständighet av relevans för oskälighetsbedömningen, bör antingen denne belastas med bevisbördan för denna omständighet, el-

⁵⁰ Används överviktsprincipen kan man således försöka tolka bevisutsagor objektivt. I förekommande fall är det ju tolkningen av bevisutsagan som avgör om en erfarenhets-sats skall tillämpas eller ej. Det allmänna språkbruket preciserar dock i regel inte ord på ett bestämt sätt. Försök till en objektiv tolkning leder därför i många fall inte till någon större klarhet, men vi får likväl söka använda oss av rådande språkkonventioner på bästa sätt. Jag vill här också åter påpeka, att anledningen till att jag begränsat mig till restriktiv och extensiv tolkning av bevisutsagor resp erfarenhetssatser är den, att tolkningsprinciperna för den materiella rätten och därmed också bevisbördereglerna vid ovisshet förutsatts prioritera ett avgörande i endera riktningen.

⁵¹ Se härom också avsnitt 11.2.1.

ler också bör i enlighet med vad som ovan anförts käranden enligt huvudregeln belastas med bevisbördan, men med ett sänkt beviskrav samtidigt som hans bevisning eventuellt värderas extensivt. Skulle å andra sidan bevisbördan läggas på svaranden och omständigheten samtidigt är svårbevisad, finns det goda skäl att värdera svarandens bevisning extensivt och att dessutom eventuellt sänka beviskravet för honom. Någon kanske i detta sammanhang vill invända, att det s a s blir tårta på tårta att värdera kärandens resp svarandens bevisning extensivt i de angivna situationerna *samtidigt* som beviskravet sänks. Det kan emellertid tänkas att det inte är tillräckligt att *antingen* sänka beviskravet *eller* att värdera bevisningen extensivt för att käranden resp svaranden skall få en rejäl och rättvis chans att fullgöra sin bevisskyldighet. Och det är också möjligt att det är olämpligt att inte rikta ett visst beviskrav mot endera parten i de angivna situationerna, varvid användandet av överviktsprincipen utesluts. I detta läge är det fördelaktigt att — för undvikande av obilliga lösningar — ha ännu en variabel att spela på; den rättsnormerande bevisvärderingen.

Som framgått kan tillämpningen av en regel påverkas av beviskrav, bevisbörda, bevisvärdering och tolkningssätt. I det följande skall några ord sägas om sambandet mellan tolkningssätt och beviskrav å ena sidan och *tillämpningsfrekvens* å andra sidan.

Om tex beviskravet för en regel är lågt, men den tolkas restriktivt, blir användningsfrekvensen av regeln förmodligen i stort sett oförändrad om beviskravet höjs, men det samtidigt i stället sker en extensiv tolkning. Sambandet beror på att fakta som gör regeln tillämplig måste bevisas, m a o måste ett sakförhållande ligga till grund för regelns användning. Om man nu är fordrande på bevissidan, men å andra sidan generös beträffande vilka händelser som får subsumeras under regeln, uppnås samma effekt som om man sänker beviskravet och är snål på tillämpningssidan.

Exempel på en sådan omrokering som jag nu talat om finner vi i SOU 1981:26. Rättegångsutredningen föreslår att beviskravet för laga förfall skall skärpas från "förekommer sådan anledning" till "visat". Samtidigt sägs att "för att inte de av oss föreslagna principerna skall slå för hårt i vissa fall där den uteblivne handlat ursäktligt anser vi det vara viktigt att begreppet laga förfall får en nyanserad tillämpning".⁵² Man kan mot bakgrund av det samband som jag angett fundera över om det verkligen blir en skärpning. Å ena sidan skärps beviskravet,

⁵² SOU 1982:26 s 309 f och s 427.

men samtidigt förordas en nyanserad tolkning. Om härmed förstås en mer generös tolkning, blir resultatet att fler situationer kommer att subsumeras under begreppet "laga förfall" än tidigare, och slutresultatet blir i så fall plus minus noll. Vad man gett med ena handen har man tagit tillbaka med den andra. En skärpning hade åstadkommit om man samtidigt med att höja beviskravet förordat en restriktiv tolkning av begreppet laga förfall.

Tillåter vi bevisvärderingen att vara rättsnormerad är emellertid inte en justering av beviskraven det enda sättet på vilket tillämpningen av en regel kan påverkas. Vi kan fortfarande tolka tex begreppet laga förfall restriktivt, men åstadkomma en skärpning genom att värdera bevisningen restriktivt.

7.7 Sammanfattande synpunkter på rättsnormerad bevisvärdering

Den tes som jag försökt föra fram är följande: På grund av vagheten hos bevisutsagor och erfarenhetssatser behöver domaren vägledning vid bevisvärderingen för att kunna *besluta* hur ett bevis skall bedömas. Jag har menat att vägledning bör sökas i den tolkningsprincip som är av relevans för den aktuella rättssatsen. De framförda rekommendationerna rör egentligen inte själva bevisvärderingen utan är beslutsregler för tveksamma fall. Indirekt påverkar emellertid dessa beslutsregler själva bevisvärderingen genom att de tex anger när ett bevis högsta resp lägsta värde bör väljas.

Det bör här framhållas att det för rättsfakta finns beslutsregler, nämligen bevisbörderegler. För bevisfakta saknar emellertid bevisbörderegler relevans. När det sålunda är tveksamt huruvida tex en erfarenhetssats bör användas analogt eller vilket värde ett bevis bör tillmätas, får domaren ingen vägledning av bevisbörderegler. Dessa tar inte sikte på enskilda bevis utan den sammanlagda bevisstyrkan för rättsfaktum.

Påpekas bör emellertid att det finns en rättslig princip som anknyter till vad som ovan utvecklats om rättsnormerad bevisvärdering. In dubio pro reo är en straffrättslig maxim som betyder att rätten i tveksamma fall skall välja det alternativ som är till förmån för den tilltalade. Denna princip bör anses omfatta inte bara rättsfrågan utan även sakfrågan inklusive ställningstagandet till enskilda bevis. I så fall skulle det alltså,

såvitt gäller brottmål, finnas en beslutsprincip för bedömningen av tveksamma bevis.⁵³

Enligt den modell jag skisserat bör tolkningsprinciperna inte ha betydelse endast för bevisvärderingen utan även för placandet av bevisbördan. Vad gäller det sistnämnda bygger jag på Olivecronas uppfattning.

Förslaget innebär att bevisvärderingen i viss mån inlemmas i rättstillämpningen. Men det har ju ovan framgått att inte bara rättsatser kan behöva tolkas, utan att detsamma gäller för erfarenhetssatser, att även erfarenhetssatser tillämpas, och att fakta subsumeras under satser av de båda slagen. Jag menar att det bl a med hänsyn till den likhet som finns i de nämnda hänseendena mellan rätts- och erfarenhetssatser är ändamålsenligt att tolka erfarenhetssatser och bevisutsagor enligt samma principer som rättsatser.

Enligt den skisserade modellen blir systemet slutet, konsekvent och ändamålsenligt. Det leder även till att bevisvärderingen blir mer enhetlig, vilket är värdefullt. Enligt förslaget kommer dessutom det motsatsförhållandet mellan fri bevisprövning och en ändamålsplacerad bevisbörda som tidigare berörts, att i viss mån utjämnas. Den fria bevisprövningen kommer, samtidigt som den syftar till att fastställa sanningen, att bidra till att ändamålet bakom de materiella reglerna förverkligas. Den rättsnormerade bevisvärderingen anger också om domaren i marginalfallen bör använda en bevisbörderegel eller s a s extendera bevisvärderingen.

En fara kan tyckas vara att systemet enligt modellen leder till att den handlingsdirigerande aspekten blir alltför dominant; att det blir för mycket rättstillämpning i bevisvärderingen, och att det intresse för en

⁵³ Så tolkas principen ifråga av Bender/Röder/Nack Band I s 204: "Der Grundsatz 'im Zweifel für den Angeklagten' hat auch bei der Sicherheit der Feststellung der Indizatsache seinen Platz, nur an anderer Stelle als die herrschende Lehre annimmt... Hier sollte man im Zweifel auf den niedrigsten Wert zugreifen, der überhaupt irgendwie im Frage kommt, um ja keinen Fehler zuungunsten des Angeklagten zu machen." Vad författarna här förespråkar på ett rudimentärt sätt är en rättsnormerad bevisvärdering. Det är emellertid omstritt huruvida principen "in dubio pro reo" bör användas beträffande bevisfakta, se härom Montenbruck s 142 ff. De som menar att den inte är tillämplig beträffande bevisfakta menar i stället att den rör de materiella förutsättningarna för rättsföljdens inträde, m a o rättsfakta. Då tvekan rörande bevisfakta leder till tvekan rörande existensen av rättsfakta bör emellertid principen enligt min mening tillämpas även på de förra.

materiellt riktig dom som trots allt finns blir eftersatt i betänklig mån.⁵⁴ Jag vill därför understryka att bevisvärderingen enligt modellen fortfarande är fri och att jag inte önskar en legal reglering. Vad den rättsnormerade bevisvärderingen anger är endast *hur domaren skall förfara i de marginaler där det finns utrymme för en rent subjektiv bedömning*. Oavsett hur domaren väljer i dessa marginaler står bedömningen enligt min mening i full överensstämmelse med principen om fri bevisprövning. Jag vill också påpeka att jag förordar användning av överviktsprincipen i icke ringa omfattning.

Ett annat skäl till varför en på det angivna sättet rättsnormerad bevisvärdering är att föredra, är att det i många fall inte går att dra en bestämd gräns mellan sak- och rättsfråga. Dessa gränsdragningsproblem kan röra sig på olika plan. Till att börja med slås fakta vid fri bevisvärdering fast m h t ett beviskrav. Eftersom nu erfarenhetssatserna är vaga kommer det i många fall att i fastställandet av fakta ligga en samtidig tolkning av innebörden av det tillämpliga beviskravet. Det förefaller nu konsekvent att den tolkningsprincip som gäller för den ifrågavarande materiella regeln också används för att tolka beviskravet. Därmed kommer en rättslig värdering att ha betydelse för om ett faktum skall fastställas eller ej. Att samma rättsliga värderingar också utövar sitt inflytande på själva bevisvärderingen förefaller nu, dels med hänsyn till svårigheterna att runt beviskravspunkten skilja mellan bevisbörda och bevisvärdering, och dels p g a att erfarenhetssatserna är vaga och i behov av tolkning och tillämpning, att vara konsekvent och ändamålsenligt.

För det andra är det i många fall inte möjligt att dra en bestämd gräns mellan fastställandet av fakta och subsumtion. Dessa gränsdragningsproblem kommer att behandlas senare i framställningen.⁵⁵ Påpekas bör att det här rör sig om ett annat gränsdragningsproblem än det ovan nämnda. Här gäller det inte frågan om ett visst beviskrav är uppfyllt eller ej, utan om man kan skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion av fakta under rättssatser. Då man, som senare kommer att framgå — just på grund av att bevisutsagor är vaga — i många fall inte kan dra en bestämd gräns mellan fastställandet av fakta och subsum-

⁵⁴ Intresset för en materiellt riktig dom får naturligtvis alltid vika undan beträffande ogillande dom i brottmål. Även om rätten känner sig aningen mer övertygad om att den tilltalades skuld är bevisad med erforderlig styrka än att den inte är det, men likväl känner tvekan, skall den frikänna, trots att man kan misstänka att den frikännande domen är oriktig.

⁵⁵ Se avsnitt 10.3.2.

tion, kommer det att ligga en rättslig värdering i själva fastställandet av fakta. Det förefaller därför som ändamålsenligt att den bevisvärdering som avgör om fakta skall fastställas är styrd av rättsliga överväganden. Men alldeles bortsett från denna aspekt finns enligt min mening tillräckligt goda skäl för en rättsnormerad bevisvärdering.

Vad gäller de erfarenhetssatser som har betydelse för rättstillämpningen gäller beträffande analog användning, utfyllnad m m ännu större skäl för en rättsnormering.

Till sist några ord om förslagets inverkan på gränsdragningen mellan bevisvärdering och rättstillämpning. En del regler knyter ju till denna distinktion, tex reglerna om resning. Dessa säger bl a att resning inte kan beviljas p g a felaktig bevisvärdering. Anses nu bevisvärderingen enligt det framställda förslaget höra till rättstillämpningen kan vi tydligen få problem på halsen.

Enligt RB 35:1 skall domaren vid bevisvärderingen beakta "allt" som förekommit. När felaktig bevisvärdering inte anses utgöra rättstillämpningsfel utgår man tydligen från att rätten verkligen beaktat "allt". I annat fall kan det ju ganska klart vara frågan om ett rättstillämpningsfel.

När felaktig bevisvärdering inte hänförs till rättstillämpningen torde alltså utgångspunkten vara den, att rätten beaktat "allt" som förekommit, men i stället felbedömt styrkan av en erfarenhetssats och därigenom gett ett bevis ett för högt eller för lågt värde. Sådana fel beror inte på att någon rättsregel kränkts, utan på att rätten misstagit sig beträffande styrkan hos en erfarenhetssats. Fel av denna sort kan som regel inte med framgång angripas p g a erfarenhetssatsernas vaghet. Deras vaghet betyder ju att det finns utrymme för delade meningar om bevisvärdet hos ett faktum, utan att det är möjligt att slå fast vad som är rätt eller fel.

Nu kan emellertid en domare felvärdera en erfarenhetssats så till den grad att ett bevis åsätts värdet 0. Detta innebär att beviset ifråga inte kommer att beaktas vid bevisvärderingen, vilket kan innebära att RB 35:1 kränks. Det kan ju vara klart att faktumet borde ha beaktats vid bevisvärderingen. Vi skulle i så fall ha att göra med ett rättstillämpningsfel; "allt" som förekommit har inte beaktats. Tydligen är gränsen mellan felaktig bevisvärdering och felaktig rättstillämpning flytande redan som det nu är.

Enligt förslaget inlemmas bevisvärderingen i rättstillämpningen, men bevisvärderingen står fortfarande till större delen utanför rättstillämpningen. Enligt förslaget är det ju fortfarande så att styrkan av erfarenhetssatserna skall bedömas enligt en normal sannolikhetssuppskattning. Vad den rättsnormerade bevisvärderingen i huvudsak innebär är att

vi försöker fixera styrkan av en erfarenhetssats inom det intervall som en normal sannolikhetssuppskattning ger vid handen. Klart är emellertid att om en rättssats tolkas fel, detta får genomslag på bevisvärderingen. (Se särskilt ex 1 och 2 avsnitt 7.4.3 ovan rörande tolkning av bevisutsagor.) Men i sådana fall får den felaktiga bevisvärderingen inte någon självständig betydelse om det föreligger ett "uppenbart" rättstillämpningsfel.

Skulle det emellertid vara så, att rätten gjort ett rättstillämpningsfel, men detta inte anses så allvarligt att resning bör beviljas, bör inte en felaktigt utförd rättsnormerad bevisvärdering få utgöra ett självständigt skäl till resning. Vi rör oss ju trots allt med en bedömning som rör sig inom ganska små marginaler. Om dessutom rättstillämpningsfelet inte är av allvarlig karaktär kan man nog också anta att felet vid den rättsnormerade bevisvärderingen inte är särskilt betydande.

Beviljas å andra sidan resning på grund av ett uppenbart rättstillämpningsfel, så finns det, p g a det funktionella sambandet mellan bevisvärdering och rättstillämpning, skäl att — i många fall⁵⁶ — göra om även bevisvärderingen. Observera att detta inte behöver bero bara på att bevisvärderingen blivit rättsnormerad. Den felaktiga rättstillämpningen kan bestå i, och torde ofta bestå i, att en rättssats felaktigt tolkats på ett sådant sätt att vissa fakta i ett händelseförlopp inte beaktats. I sådant fall kan det vara erforderligt att ta upp bevisningen på nytt för att fastställa dessa fakta.

Sammanfattningsvis kan sägas att bevisvärderingen enligt förslaget i stort sett står utanför rättstillämpningen. Den rättsnormerade bevisvärderingen gör det ju inte särskilt mycket lättare att påvisa felaktigheter vid fastställandet av fakta. Erfarenhetssatserna är fortfarande vaga och förslaget ändrar inte på verkligheten. Vid vissa rättstillämpningsfel, framför allt sådana där en rättssats tolkats felaktigt, och rättstillämpningsfelet är uppenbart, finns det skäl att göra om även bevisvärderingen, även om det enda felet med denna är en felaktig rättsnormering.

⁵⁶ Jag kan här inte närmare gå in på frågan vilka rättstillämpningsfel som motiverar att bevisvärderingen görs om. Helt klart är emellertid att inte alla rättstillämpningsfel har samband med bevisvärderingen. Dömer tex en domstol ut ett skadestånd på 500 000 kr, trots att det finns en stadgad praxis som visar att 100 000 kr är det högsta belopp som i liknande fall dömts ut, så kan detta vara ett "uppenbart" rättstillämpningsfel, vilket saknar samband med bevisvärderingen.

8 Presumtioner

8.1 Inledning

Om presumtioner har det sagts och skrivits mycket och trots detta — eller kanske p g a detta förhållande — råder delade meningar och stor oklarhet om presumptionernas natur. Det bidrag som här ges till presumtionsläran kommer kanske att bidra till att öka förvirringen, men jag försäkrar att detta i så fall inte har varit min avsikt.

Presumptionerna brukar traditionellt indelas i *præsumptio hominis* eller *facti*, *præsumptiones juris et de jure* och *præsumptiones juris*.¹ Den förstnämnda presumptionen anses inte behövas. Man kan lika gärna, har det sagts, tala om ett *bevisfaktum* med ett mer betydande bevisvärde.² Meningsmotsättningar har dock förekommit rörande bl a frågan hur — enkelt uttryckt — faktapresumptionerna förhåller sig till de legala presumptionerna (*præsumptiones juris*).³ Vad gäller *præsumptiones juris et de jure* har flera författare anfört, att inte heller dessa bör hänföras till presumtionsbegreppet.⁴ Anledningen härtill är att de, i motsats till de legala presumptionerna, inte kan motbevisas. Det anses därför vara mer träffande att tala om en vanlig materiell rättsregel som skiljer sig från andra rättsregler endast genom sin säregna utformning.⁵ Exempel på en sådan presumption är regeln i trafikbrottslagen, att den som fört ett motorfordon med mer än 1,5 promille i blodet skall anses ha varit så påverkad av starka drycker, att han inte kunnat framföra sitt fordon på ett betryggande sätt. Verkan i rättsligt hänseende av denna promillehalt är absolut. Föraren kan alltså inte föra bevisning om att han trots allt kunnat föra sitt fordon på ett betryggande sätt.

¹ Bolding: Bevisbördan s 133, Ekelöf: Rättegång IV s 90 och Kallenberg II s 571 och 617.

² Bolding a a s 134, Ekelöf a st. Se också Cross s 124 och Phipson s 1047.

³ Bolding a a s 133.

⁴ Bolding a a s 91, Ekelöf: Rättegång IV s 91 och Kallenberg II s 617. Se också Cross s 124, Musielak s 82 och Leipold s 104.

⁵ Bolding a a s 133.

Det kan förefalla som om det inte finns mycket kvar att bråka om ifall *presumptio hominis* och *presumptiones juris et de jure* förs bort från presumptionsbegreppet. Vi skall emellertid till att börja med titta lite närmare på presumptionsbegreppet och se vad detta står för samt också undersöka vilken grund presumptionerna antas vila på. Vi skall även utreda *vad* det är som i olika fall presumeras och vilken *verkan* presumptionen har; har den betydelse både vid bevisvärderingen och placandet av bevisbördan eller bara vid bevisvärderingen resp placandet av bevisbördan? Eller kan det kanske vara så, att den — åtminstone i vissa fall — saknar betydelse både för bevisvärderingen och placandet av bevisbördan? Undersökas skall också hur sak- och rättsfråga förhåller sig till varandra i presumptionen. Härefter skall vi avslutningsvis närmare analysera presumptionsregeln i § 4 konkurslagen (KL).

8.2 Presumtioner och erfarenhetssatser

I föregående kapitel såg vi bl a hur tillämpningen av rättsregler kunde förändra erfarenhetssatser.⁶ Den legala presumptionen verkar vila på det omvända förhållandet. Den är en rättsregel som förefaller att utgå ifrån *befintliga* erfarenhetssatser och tycks inte vara avsedd att förändra dessa. Tvärtom verkar den legala presumptionen förutsätta att erfarenhetssatserna inte undergår någon mer betydande förändring. Jag skall närmare utveckla detta och utgår därvid från § 4 KL, som kan sägas vara en ganska typisk legal presumption. Paragrafen har följande lydelse:

”Om ej annat visas anses gäldenär, som är eller under senaste året före konkursansökningen varit bokföringsskyldig, insolvent, om han trots uppmaning av borgenär att betala klar och förfallen skuld underlåtit att göra detta inom en vecka och borgenären söker honom i konkurs inom tre veckor därefter samt skulden då alltjämt ej är betald. Borgenärens uppmaning skall innehålla erinran om att konkursansökan kan följa. Uppmaningen skall delges gäldenären. Delgivning enligt 12 § delgivningslagen (1970:428) får ske endast om anledning förekommer att gäldenären avvikit eller eljest håller sig undan.”

Den *presumerade* omständigheten är här ”insolvens” och den *presumerande* att gäldenären efter anmaning inte betalat en klar och förfallen skuld.⁷ Presumptionen vilar på erfarenhetssatsen att den som inte efter

⁶ Se avsnitt 7.3.

⁷ För enkelhetens skull bortser jag här från kraven på bokföringsskyldighet, tidsfrister m m, vilka egentligen också ingår i den presumerande omständigheten.

anmaning betalar en klar och förfallen skuld i regel också faktiskt saknar tillgångar.⁸ Denna erfarenhetssats vilar, liksom andra erfarenhetssatser, på induktion.⁹ Det har kunnat iakttas att om A (ej betalning) i regel också B (saknar tillgångar). Enligt Kallenberg menas också med begreppet presumtion, enligt såväl vanligt som juridiskt språkbruk, ett försanthållande som gör ett antagande *sannolikt*, men som dock ej medför full visshet.¹⁰ Begreppet knyter således enligt denna bestämning till en sannolikhetsuppskattning. Och om det inte förhöll sig så, att det fanns ett erfarenhetsmässigt samband mellan icke betalning och brist på tillgångar, vore presumptionen i 4 § KL obefogad. Fanns inget sådant samband, eller vore detta mycket svagt, skulle konsekvensen bli att många skulle försättas i konkurs trots att de har tillgångar.

Ser vi på några andra legala presumtioner, finner vi att bakom dessa det kan förmodas finnas mer eller mindre starka erfarenhetsmässiga samband. Om vi t ex tittar på AvtL 30:2, GB 6:9 och DgL § 24, kan vi förmoda att det bakom dessa legala presumtioner finns erfarenhetssatser. Det bör sålunda förhålla sig så, att svikligt lämnad uppgift eller förtigande av sådan uppgift, om detta har betydelse för rättshandlingen, i allmänhet faktiskt orsakat rättshandlingen, att förteckning som makar upprättat över vilken egendom som tillhör vardera i regel korrekt beskriver ett verkligt förhållande samt att intyg av stämningsman i allmänhet korrekt beskriver när, hur och med vem delgivning skett. Samtliga nu nämnda presumtioner har sålunda vad som kan kallas *empirisk täckning*.

Men måste en presumtion vila på en erfarenhetssats, d v s måste den vara av sannolikhetskaraktär?¹¹ Antag att lagstiftaren i landet Moneta-

⁸ Med "presumtion" avses här vad Kallenberg (II s 570) betecknar "det försanthållande som framgår av slutledningen".

⁹ Angående induktion, se avsnitt 6.2.

¹⁰ Kallenberg II s 579. Se även Ekelöf: Rättegång IV s 89. Ibland används emellertid begreppet presumption för att beteckna den *presumerande omständigheten* (Ekelöf a st) och ibland kan även åsyftas själva *slutledningen* från den presumerande till den presumerade omständigheten (se Kallenberg II s 570 not 32). Den tredje, och vanligaste betydelsen framgår av not 8 ovan.

¹¹ Bolding: Bevisbördan s 136 definierar begreppet legal presumtion så att därmed bestämts att ett visst bevisfaktum skall tillmätas större betydelse än vad sannolikheten motiverar, varvid indirekt sägs att en legal presumtion vilar på åtminstone någon grad av sannolikhet. Jfr uttrycket "större betydelse än vad sannolikheten motiverar". Även Eckhoff s 27 ff, liksom Stein s 47 och Scheel s 59 ff, verkar vara av den uppfattningen att den legala presumptionen alltid är av sannolikhetskaraktär. Se däremot Rosenberg s 211: "Denn bestenfalls ist eine Lebenserfahrung für den Gesetzgeber zum Motiv einer

ria skall skriva en konkurslag, och att han funderar på vilka insolvensgrunder som är tänkbara. Av en slump har en av ledamöterna i lagstiftningskommittén fått tag på ett exemplar av den svenska konkurslagen. Denne ledamot föreslår, att efter svenskt mönster, underlåtenhet att betala klar och förfallen skuld bör vara en insolvensgrund även i Monetaria. Av en annan ledamot blir förslagsställaren då påmind om den dåliga betalningsmoralen i landet. Folk struntar i att betala sina förfallna skulder, men inte av brist på pengar, utan därför att de inte vill göra rätt för sig. Den föreslagna insolvensgrunden är därför enligt opponenter inte acceptabel, eftersom den inte överensstämmer med de verkliga förhållandena.¹² Häremot invänder förslagsställaren att den av honom förespråkade insolvensgrunden säkert skulle förbättra betalningsmoralen i landet, eftersom de flesta inte vill riskera obehaget att försättas i konkurs. Med tiden skulle därför, enligt förslagsställaren, folk komma att börja betala sina skulder.

Förslagsställarens resonemang är intressant genom att det visar att en presumption skulle kunna ha en handlingsdirigerande effekt. Även om presumptionen ifråga infördes, utan att något sannolikhetssamband existerade mellan den presumerande och den presumerade omständigheten, skulle den sannolikt med tiden komma att förändra betalningsmoralen. Trots att presumptionen från början inte vilade på en erfarenhetssats skulle den alltså förmodligen med tiden få empirisk täckning.¹³

Om syftet med en presumption är att hitta ett typiskt tillförlitligt tecken på en viss omständighet, om den må ock vara av *sannolikhetsskärakt*, är förslagsställarens ovan förda resonemang inte godtagbart. Alla presumtioner är dock inte av denna skärakt. I NJA 1976

gesetzlichen Vermutung geworden, niemals aber zu ihrem Inhalt, und häufig ist nicht ein Erfahrungssatz, sondern sind Zweckmässigkeits — oder andere Erwägungen bestimmend für die Aufstellung einer gesetzlichen Tatsachenvermutung gewesen ...” Av samma uppfattning Maquire s 188 och Eggleston: Evidence s 108.

¹² Jfr lagrådets uttalande i anslutning till presumptionsregeln i UB 4:18; prop 1980/81:8 s 1106 f: ”Presumptionen om samäganderätt tar i första hand sikte på fall då egendomen är i äkta makars gemensamma besittning. I dessa fall har tydligen också presumptionen en stark *verklighetsförankring*... I och med den samhällsutveckling som /.../ ägt rum — särskilt den omständigheten att det numera är mycket vanligare än förr att båda makarna har arbetsinkomst — har förutsättningarna för samäganderätt i makars egendomsförhållanden ökat. Enligt lagrådets mening är det idag *försvarligt* att uppställa den presumptionen att lös egendom som befinner sig i samboende makars gemensamma besittning tillhör makarna med samäganderätt” (mina kurs).

¹³ Jfr ovan avsnitt 7.3.

s235 hittar vi följande presumtion. Den är okodifierad, men till de legala presumtionerna räknar jag även dessa:¹⁴

”Som framgår av det anförda har från Carlssons sida uppgivits, att Carlsson inte hade någon tanke på att han genom sin namnunderskrift på kontraktet förklarade att han mottagit båten och motorn. Påståenden av denna art kan inte utan vidare godtagas utan utgångspunkten måste fastmera vara att, om ej annat ådagalägges, den som undertecknat förklaringen anses ha varit medveten om dess innehåll.”

HD säger att utgångspunkten måste vara att den som undertecknat förklaringen måste anses ha varit medveten om dess innehåll. Motbevisning är dock inte utesluten. Man kan nu fråga vad som kan vara skälet till att denna utgångspunkt skall gälla. Är grunden till presumtionen den, att folk i regel läser igenom kontraktsbestämmelser, och att Carlsson bör bära bevisbördan därför att hans påstående strider mot vad som är vanligt? Ligger man på en erfarenhetssats bakom uppställandet av presumtionen? Denna förklaring verkar enligt min mening inte särskilt övertygande. Jag har visserligen inte tillgång till några uppgifter om hur vanligt det är att köpare läser igenom kontraktsbestämmelser, men min egen erfarenhet är att många inte orkar läsa de ofta finstiltla kontrakten, vars bestämmelser dessutom i flertalet fall är svåra att begripa för den som inte är förtrogen med juridiskt skrivsätt och terminologi. Vidare förlitar sig säkert många på att de, ifall de skulle råka i trångmål, kommer att skyddas av vår konsumentvänliga lagstiftning. Det har dock säkert stor betydelse hur betydande investering det gäller. Den som köper ett hus torde läsa kontraktet mer omsorgsfullt än den som hyr en bil över ett veckoslut.

Det är emellertid långt ifrån säkert att presumtionen i det aktuella exemplet grundar sig på en erfarenhetssats. Kanske menar HD att skälet till utgångspunkten är att det hör till god ordning vid affärssuppgörelser att avtalsparterna tar del av kontraktets bestämmelser. Det skulle i så fall vara frågan om *en slags ordningsregel*, som dock är möjlig att motbevisa. Att bevisbördan hamnar på den som påstår sig inte ha läst kontraktet kan då betraktas som en slags *sanktion mot vårdslöshet*. Vidare vill jag erinra om satsen *ignorantia juris nocet*, dvs okunnighet om lagen är skadlig. Denna grundsats gäller, som framgick, endast lagar, men det kan ligga nära till hands att använda den analogt på kontraktsbestämmelser, i varje fall om det är frågan om

¹⁴ Så gör också Bolding: Bevisbördan s 134 not 13.

standardavtal, som ju används i ton och kubik. Dessutom är det mycket *svårt att motbevisa* en sådan invändning som Carlsson gör. Endast Carlsson vet om han läst kontraktet eller inte och han har därför lättare att skaffa fram bevisning på denna punkt än motparten.

Jag tror att det är rimligt att hävda att *blandade skäl* ligger bakom den aktuella presumtionen. Det kan vidare vara så, att även om HD menat att det i regel faktiskt förhåller sig så, att köpare läser igenom kontraktsbestämmelser, presumtionen inte alls grundar sig på detta förhållande. Skulle det emellertid vara så, att det inte finns någon erfarenhetssats bakom presumtionen, kan vi nog räkna med att den med tiden kommer att få en handlingsdirigerande effekt, ifall den tillämpas konsekvent. Därmed kommer presumtionen så småningom att få empirisk täckning.

Ett annat exempel på blandade skäl är att culpa brukar presumeras om någon brutit mot en skyddsföreskrift. Skälet till att bevisbördan placeras på den som brutit mot skyddsföreskriften torde framför allt vara en önskan att minska risken för olyckor. Genom att bevisbördan läggs på den som brutit mot föreskriften skapas ett kraftfullt incitament för andra att följa skyddsföreskrifter. Placeringen av bevisbördan på det angivna viset får därmed en nyttig handlingsdirigerande effekt. Det finns emellertid en erfarenhetssats i botten av denna presumption, nämligen den att risken för olyckor ökar om skyddsföreskrifter inte efterföljs. Fanns inte denna erfarenhetssats skulle man ju inte som skäl till att placera bevisbördan på den som brutit mot föreskriften kunna åberopa att man därmed vill minska antalet olyckor. Den angivna erfarenhetssatsen bygger på en abstrakt genomsnittssannolikhet, är uppställd på förhand, och används utan hänsynstagande till omständigheterna i det individuella fallet.

Ibland är det ganska uppenbart att en presumption inte alls grundar sig på sannolikhet. Antag t ex att en vara transporteras successivt med två lastbilar till en köpare. Vid framkomsten upptäcks att varan är skadad. Om det i så fall presumeras att varan skadats vid den sista biten av transporten är anledningen här till knappast att detta är mer sannolikt än att den skadats under den första delen av transporten. Skälet till presumtionen är i stället att den siste fraktföraren i allmänhet har lättare än den förste att föra bevisning om varans skick, eftersom han var den siste som hade beröring med godset.¹⁵

¹⁵ Se Maquire s 175. På samma grund vilar förmodligen det presumtionsansvar som åvilar förvararen vid onerös yrkesmässig förvaring, dvs bevismöjligheterna är avgörande.

Det finns även presumtioner utan det presumerande faktumet, t ex brukar man presumera att en tilltalad är oskyldig tills det bevisats att han är skyldig.¹⁶ Här finns ingen konkret omständighet (presumerande faktum) som sätts i förbindelse med att den tilltalade är oskyldig, utan vi har att göra med en rättsgrundsats som är avsedd att skydda den tilltalade. Det är uppenbart att denna s k presumption inte alls vilar på erfarenheten. I realiteten är det ju så, att nästan alla tilltalade också döms för de brott de ställs till svars för. Användes erfarenhetssatsen ifråga skulle man sålunda presumera att de tilltalade är skyldiga.

En legal presumption anger hur bevisbördan skall placeras och tillmäter enligt Bolding den presumerande omständigheten större betydelse än vad sannolikheten motiverar.¹⁷ Som framgått är emellertid sådana rättssatser som går under benämningen presumtioner inte alltid grundade på sannolikheter. Det förefaller därför lämpligt att skilja mellan sådana *bevisbörderegler* som grundas på presumtioner, enligt vad som enligt Kallenberg åsyftas med detta begrepp, nämligen ett försanthållande på grunder som gör något sannolikt, och sådana *bevisbörderegler* som grundar sig på helt andra överväganden, t ex ändamålsresonemang.

Bolding menar emellertid att skillnaden mellan presumtioner och bevisbörderegler endast är att hänföra till *bevistemats omfattning*.¹⁸ Det torde därför enligt Bolding inte vara nödvändigt att göra en åtskillnad mellan presumtioner och bevisbörderegler. Vidare menar Bolding att varken presumtioner eller bevisbörderegler kan ha någon betydelse inom bevisvärderingens ram.¹⁹ Det naturliga sannolikhetsvärdet hos ett faktum skall, säger Bolding, alltid uppskattas till sitt normala värde. För hur skulle man, frågar Bolding, kunna jämföra ett av lagen värderat bevisfaktum med ett annat bevisfaktum, utan att ta hänsyn till bådadernas naturliga sannolikhetsvärde?²⁰ Sedan blir det, säger han, en särskild fråga vilken sannolikhetsgrad som skall fordras för att ifrågasvara faktum skall kunna läggas till grund för domen. Enbart i detta avseende menar Bolding att bevisbörderegler (presumtioner) kan ha betydelse.²¹

Enligt min mening är det viktigt att man skiljer mellan sådana bevisbörderegler som grundar sig på presumtioner av sannolikhetskaraktär,

¹⁶ Se Cross s 122, Phipson s 1054 och Eggleston: Evidence s 106.

¹⁷ Bolding: Bevisbördan s 136.

¹⁸ A a s 138.

¹⁹ A a s 140.

²⁰ A a s 143.

²¹ A st.

och sådana som grundar sig på andra överväganden. Gör man inte denna distinktion finns en risk för att man — så snart termen presumption används — tror att den presumerande omständigheten har ett "naturligt sannolikhetsvärde" som kan bestämmas. Bevisbedömningen blir naturligtvis helt fel om det inte rör sig om en presumption med empirisk täckning. Tillmåter man nämligen, som Bolding, den presumerande omständigheten större betydelse än vad sannolikheten motiverar vid bevisvärderingen, och presumptionen i själva verket inte alls grundar sig på ett sannolikhetssamband, förrycks naturligtvis hela bevisbedömningen.

Eftersom bevisbörderegler kan grunda sig på blandade skäl kan klassificeringen givetvis inte genomföras efter ett strikt schema. Distinktionens nytta är endast den att den fäster vår uppmärksamhet på vilka faktorer som kan antas ligga bakom placeringen av bevisbördan och att vi därmed inte låter begreppet presumption styra våra tankar.

8.3 Sak- och rättsfråga i presumptionen

Presumptionen uppfattas ofta som angivande ett samband mellan fakta. Detta leder tanken till att sambandet mellan den presumerande och den presumerade omständigheten skulle vara rent faktiskt, *d v s normfritt*. Så har jag också betraktat sambandet när jag ovan diskuterat olika erfarenhetssatser i anslutning till presumptionerna. Jag har t ex utgått från existensen av följande erfarenhetssats:

Den som inte betalar klar och förfallen skuld saknar i regel tillgångar.

Vid angivandet av detta generella samband har jag också menat att den ifrågavarande erfarenhetssatsen beskriver ett faktiskt förhållande. Vad som menas härmed behöver dock utredas närmare.

Om vi tittar på den legala presumptionen i § 4 KL ser vi att den är fullmatad med omständigheter, vars mening vi förstår endast mot bakgrund av olika rättssatser. I regeln talas förutom om "klar och förfallen skuld", om "gäldenär", "bokföringsskyldig", "konkursansökningen", "borgenär" etc. Dessa fakta är inte rättsligt normfria, utan vi måste titta i regelsystemet för att förstå vad de betyder. T ex framgår av regler i bokföringslagen vem som är "bokföringsskyldig".

Varje uppräknad omständighet är sådan att den kan ge upphov till såväl *faktisk* som *rättslig tvekan*. När är t ex en skuld "klar och förfallen"? Bedömningen kan i ett visst fall vila på att de faktiska omständig-

heterna A1, A2 och A3 föreligger och det är i princip en rättslig bedömning av dessa fakta som leder till slutsatsen att skulden är "klar och förfallen". De faktiska omständigheterna A1-A3 *subsummeras* således under rättsbegreppet "klar och förfallen skuld". A1-A3 utgör alltså konkreta *rättsfakta* och deras rättsliga *betydelse* kan inte motbevisas. Däremot kan *existensen* av fakta A1-A3 bli till föremål för motbevisning.

Det är emellertid inte säkert att det, vilket det ovanstående resonemanget utgått ifrån, är möjligt att skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. Det kan vara svårt att beskriva en skuldförbindelse i andra termer än "klar" och i så fall ligger en rättslig värdering i själva beskrivningen.²²

Jag vill i sammanhanget också påpeka att sakfrågan kan bli oklar som en följd av att rättsfrågan är oklar. Har t ex gäldenären möjligtvis trott att han inte får kvitta på en vilseledande formulering i betalningskravet? Medför den vilseledande formuleringen att skulden inte kan anses som "klar"? Vad gäldenären kan ha trott är en sakfråga. Om den vilseledande formuleringen är sådan att skulden inte kan anses som "klar" är en rättsfråga. Anser rätten att skulden, trots den vilseledande formuleringen, kan anses som "klar", bör det inte spela någon roll vad gäldenären kan antas ha trott.²³ Men om det är tveksamt om skulden kan anses som "klar", är det oftast också osäkert vad gäldenären kan antas ha trott. Genom att rättsfrågan är oklar blir således även sakfrågan oklar. Och omvänt gäller att rättsfrågan kan bli oklar om sakfrågan är oklar.²⁴

På liknande sätt som beträffande § 4 KL kan man resonera när det gäller § 24 DgL, som säger att intyg av stämningsman gäller som fullt bevis. Tidigare har jag i anslutning till denna presumtion utgått från följande erfarenhetssats:

Intyg av stämningsman beskriver i regel korrekt hur delgivningen gått till.

Vid tillämpningen av denna presumtion kan rättslig tvekan uppstå beträffande frågan om vederbörande är "stämningsman" eller om handlingen kan godtas som "intyg". Detta har emellertid inte hindrat

²² Se mer om detta i kap 10.

²³ Jfr dock NJA 1978 s 742.

²⁴ Jfr Bolding: Bevisbördan s 43: "Ja, man kan rentav ställa frågan, om icke varje tvekan rörande rättsfrågan egentligen är en tvekan som avser existensen av konkreta fakta".

lagstiftaren från att i sammanhanget tala om "bevis". Frågan inställer sig nu, hur det är möjligt att skilja mellan sak- och rättsfråga, när erfarenhetssatsen använder *samma begrepp* som rättssatsen.

En sådan distinktion kan dock göras. Erfarenhetssatsen abstraherar från en rättslig prövning in casu. Den tar sikte på *typfall*, och utgår ifrån att de rättsliga villkoren är uppfyllda. En rättslig prövning in casu innebär en *kontroll* av tillämpligheten av erfarenhetssatsen ifråga och kan föranleda en närmare utredning av de rättsliga villkoren.²⁵ Den rättsliga prövningen kan leda till att den generella erfarenhetssatsen inte anses passa på det föreliggande fallet. Att tvekan kan uppstå vid subsumtionen kan bero på att nya företeelser, som en följd av samhällsutvecklingen, har uppstått. Subsumeras det nya förhållandet under regeln, kommer den erfarenhetssats som ligger bakom presumptionen så småningom att få ett annat omfång. Jag skall närmare utveckla detta och tar åter § 4 KL som exempel.

Låt oss betrakta "klara och förfallna skulder" som en klass av fall, vilken vi kan kalla Y. För att en skuld skall tillhöra denna klass måste den ha vissa egenskaper, som kan kallas K. Vilka egenskaper en skuld skall ha för att tillhöra klassen Y kan man få en god uppfattning om genom att studera doktrin och praxis. Nu finns det skulder om vilka vi utan tvekan kan säga att de faller inom klassen Y, men det finns också fall som är tveksamma. I regel torde inte rekvisitet "förfallen" ställa till med några större problem. Värre är det nog med rekvisitet "klar".²⁶ Tillämpningsproblem kan uppkomma genom att samhällslivet förändras. Det kan t ex vara så att nya betalningssätt utvecklats med hjälp av datateknik. Den nya betalningstekniken kan ge upphov till rättstillämpningsproblem som inte tidigare var kända. Om man genom att studera den gällande rätten kommit fram till att en klar och förfallen skuld enligt hittills bedömda fall haft egenskapen K, kan domstolen nödgas konstatera att den skuld som nu skall bedömas har helt eller delvis andra egenskaper. En konsekvens härav är att det inte kan sägas att man av erfarenhet vet att den som inte betalar denna slags skuld saknar tillgångar, ty detta är ju ett nytt fall som vi saknar erfarenhet av. Ifall domstolen i detta läge kräver att det skall råda ett erfarenhetsmässigt samband mellan den presumerande och den presumerade omständigheten kan den bli tvungen att avstå från att tillämpa presum-

²⁵ Se härom avsnitt 7.2.

²⁶ Se Elwing: Konkursläran i huvuddrag s 44: "Klarhetsrekvisitet leder mången gång till besvärliga bedömningsproblem".

tionen.²⁷

Ett sådant statiskt betraktelsesätt är givetvis inte realistiskt. Rättstillämpningen måste anpassas efter hur samhällslivet förändras.²⁸ Och ifall domstolen subsumerar detta nya fall under regeln kommer antagligen en erfarenhetssats att utvecklas. Folk kommer att veta att domstolen betraktar även denna slags skulder som klara och förfallna och därför betala om de har pengar. Och när denna förändring inträffat kan man säga, att ifall en sådan skuld inte betalas, detta förmodligen beror på bristande tillgångar.

Man bör således enligt min mening inte, vid användningen av sannolikhetspresumptionerna, som krav ställa att det skall föreligga en sannolikhet i det enskilda fallet. De bör, när de uppställs, ha empirisk täckning, men vi kan inte, beroende på att samhället förändras, kräva att denna skall vara konstant. Vi får i stället acceptera att här föreligger ett växelspel och ett ömsesidigt beroende; å ena sidan förändras verkligheten varvid normen måste anpassas efter denna förändring, å andra sidan kan normen ges ett förändrat innehåll, vilket påverkar verkligheten och de erfarenhetssatser som finns i denna. Regeln i § 4 KL säger inte heller att det skall föreligga en sannolikhet i det enskilda fallet. Den säger att om den presumerande omständigheten föreligger, så skall gäldenären anses vara insolvent om inte annat visas. Förekommer ingen motbevisning är regeln att jämställa med vilken annan materiell regel som helst.²⁹ En rättsföljd knyts till den presumerande omständigheten, varvid sannolikheten i det enskilda fallet saknar relevans. I det förda resonemanget har jag utgått ifrån att gäldenären inte svarar i målet. Går gäldenären i svaromål, kan ju denne tillfrågas om anledningen till den uteblivna betalningen.

8.4 Den legala presumptionens natur och verkan

8.4.1 Är den legala presumptionen en bevisvärde- eller en bevisbörderegel?

Den legala presumptionen innebär, att ifall den presumerande omständigheten är bevisad, den presumerade omständigheten skall anses

²⁷ Jag utgår då ifrån att en erfarenhetssats inte kan användas analogt och att en fiktiv erfarenhetssats inte uppställs. Angående analog användning av erfarenhetssatser och fiktiva erfarenhetssatser, se avsnitt 6.6.

²⁸ Se Maquire s 188.

²⁹ Se mer utförligt nedan avsnitt 8.5.1.

föreligga. Lagen har alltså stadgat att om X så Y. Somliga menar att den legala presumptionen är en *bevisvärderregel*.³⁰ Häremot har invänts att *domaren* inte alls utför någon bevisvärdering, utan att lagen föreskriver att han *måste* fastställa faktum Y om faktum X är för handen, och att han även vid *ovisshet* måste fastställa faktumet ifråga. Utifrån denna utgångspunkt är den legala presumptionen att betrakta som en *bevisbördereg*el.³¹

På vilket sätt presumptionen bör betraktas har debatterats flitigt.³² Det bör i sammanhanget framhållas att oenigheten inte ligger i bedömningen av frågan vilken *verkan* presumptionen har. Oavsett om den betraktas som en bevisvärde- eller bevisbörderegler råder enighet om att den utgör en rättssats med vars hjälp ett faktum slås fast.³³ Menings-skiljaktigheterna rör i stället frågan på vilken *grund* ett faktum slås fast. Betraktas presumptionen som en bevisvärderregel blir slutsatsen att det presumerade faktumet anses *positivt fastställt genom bevisningen*. Anser man å andra sidan att den utgör en bevisbörderegler blir slutsatsen att man anser det presumerade faktumet *ovisst*;³⁴ bevisbörderegler skall ju definitionsmässigt användas endast när de råder ovisshet om ett faktums existens.

Frågan hur den legala presumptionen skall systematiseras, som en bevisvärde- eller bevisbörderegler, synes enligt min mening vara en fråga utan svar, om man därmed avser den *konkreta* användningen i olika enskilda fall. En presumerande omständighet kan generellt äga ett betydande bevisvärde, och i de fall bevisvärdet i det konkreta fallet är högt förefaller det sakligt motiverat att betrakta presumptionen som en bevisvärderregel. Förekommer motbevisning övergår den däremot till att vara en bevisbörderegler. Skulle den i detta fall betraktas som en legal bevisvärderregel skulle bevisvärderingen försvåras. Vid fri bevisvärdering bör varje omständighet uppskattas till sitt naturliga värde.³⁵

³⁰ Av denna uppfattning är t ex Stein s 46 och 49 och Kallenberg II s 571. I motiven har t ex GB 6:9 uppfattats som en bevisvärderregel, se NJA II 1921 s 91. Så har också § 24 DgL uppfattats av Gärde, se kommentaren s 464. Även ÄB 10:2 st 2 har uppfattats som en bevisvärderregel, se NJA II 1930 s 194.

³¹ Av denna uppfattning är t ex Musielak s 75 och 82. Leipold s 89, Rosenberg s 216 och Blomeyer s 354.

³² Se Leipold s 80 med rikhaltig referens.

³³ Musielak s 64.

³⁴ Leipold s 80, Musielak s 65.

³⁵ Ekelöf: Rättegång IV s 92 och Bolding: Bevisbördan s 142. Ekelöf anser fö att en presumption kan fungera både som en bevisvärde- och en bevisbörderegler, medan Bolding menar att den enbart utgör en bevisbörderegler. Bolding ställer sig dessutom oförstå-

Som ovan framgått är emellertid inte alla legala presumtioner av sannolikhetskaraktär. Och även om en presumtion är av sannolikhetskaraktär behöver den inte generera någon sannolikhet i det enskilda fallet för att få användas. Även om domaren känner ovisshet rörande existensen av det presumerade faktumet, så tvingas han av lagen att fastställa detta. Det ter sig i sådana fall främmande att betrakta presumtionen som en bevisvärderregel. Utgår vi således ifrån att ingen motbevisning förekommer, och söker att klassificera en sannolikhetspresumption allt eftersom hur den används i olika enskilda fall, blir resultatet att den ibland fungerar som en bevisvärde- och ibland som en bevisbörderegul. Den kan emellertid också, som vi snart skall se, komma att sakna betydelse både ur bevisvärde- och bevisbördesynpunkt.

8.4.2 Rättspresumtioner och faktapresumtioner

I tysk doktrin skiljer man mellan "Tatsachenvermutungen" och "Rechtsvermutungen".³⁶ Denna distinktion ser man bara tillfälligt omnämnd i svensk doktrin.³⁷ Vi skall titta lite närmare på den ifrågasättande distinktionen, vilken grund den vilar på och vilket värde den kan ha.

Tidigare i framställningen har visats att *ägenderätt* och *samäganderätt* presumeras i UB.³⁸ Vad som här presumeras är rättigheter och inte enskilda konkreta fakta. Om ingen motbevisning förekommer vid användandet av denna typ av presumtioner upplöses inte rättigheterna i konkreta konstituerande fakta. Bevistemat blir *komplexen i sina helheter*. Vilka konkreta fakta som föreligger i det enskilda fallet undersöker således inte rätten. En faktapresumption däremot, anses knyta till vissa bestämt angivna rättsfakta. Faderskapspresumptionen i FB 1:5 skulle enligt den angivna systematiken räknas till en "Tatsachenvermu-

ende till att en presumerande omständighet kan ha en betydelse när ingen motbevisning förekommer och en annan betydelse när motbevisning förekommer. Den presumerande omständigheten skall enligt Bolding alltid uppskattas till sitt naturliga bevisvärde. Bolding förbiser härvid två saker. För det första att presumptionen utgör en rättsats och att ifall ingen motbevisning förekommer domaren av lagen är förpliktad att fastställa det presumerade faktumet givet existensen av den presumerande omständigheten. Någon bevisvärdering blir därmed inte aktuell. För det andra kan den presumerande omständigheten komma att helt sakna betydelse om det presumerade faktumet är komplext och motbevisning aktualiseras. Se om detta nedan avsnitt 8.4.2 och 8.5.3.

³⁶ Se Musielak s 61, Leipold s 76, Rosenberg s 227 och Blomeyer s 355.

³⁷ Se t ex Ekelöf:Rättegång IV s 93 not 56.

³⁸ Se avsnitt 3.6.3 och 3.6.4.

tung". Är det utrett att samlag förekommit presumeras den bestämda omständigheten faderskap.³⁹

Det kan se ut som om det förelåg en väsentlig skillnad mellan de båda typerna av presumptioner. Presumeras ett rättsförhållande är det ju inte klart avgränsade och bestämda fakta som presumeras. I själva verket vet rätten inte, när den presumerar t ex "äganderätt", något om vilka fakta som finns i bakgrunden.⁴⁰ Det är därför möjligt att en upplösning av begreppet skulle visa att de fakta som föreligger inte alls konstituerar "äganderätt". Mot åsikten att fakta- och rättspresumptioner är artskilda har emellertid invänts att rättspresumptioner i realiteten rör enskilda fakta. Bakom rättspresumptionen anses då fakta finnas, varvid rättspresumptionen skulle kunna omskrivas till en faktapresumption.⁴¹ Det är visserligen riktigt att, när ett rättsförhållande presumeras, fakta finns i bakgrunden. Om emellertid rättsförhållandet inte upplöses, är det faktiskt så, att rätten inte vet vilka dessa fakta är.⁴² Och onekligen föreligger här en skillnad mellan de bägge slagen av presumptioner. Frågan är emellertid om denna skillnad motiverar bedömningen att det råder en skillnad i art.

Enligt min mening föreligger endast en gradskillnad mellan de båda presumptionerna. I bägge fallen anges i lagen, att rätten, om det presumerande faktumet föreligger, måste fastställa det presumerade faktumet. Det faktum som fastställs genom den presumerande omständigheten är vidare i båda fallen inte ett konkret rättsfaktum utan det *abstrakta rättsfaktumet*.⁴³ Någon subsumtion förekommer därför inte, vare sig det rör sig om en fakta- eller rättspresumption,⁴⁴ och man kan följaktligen inte, när presumptionen används (och ingen motbevisning förekommer) skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion.

³⁹ Faderskapspresumptionen i FB 1:5 utgör emellertid inte en sådan presumption som ovan behandlats och som stadgar att rätten måste fastställa faktum Y om faktum X föreligger. Regeln ifråga anger nämligen att viss man skall anses vara far till barnet om samlag styrkts och det med hänsyn till omständigheterna i övrigt är sannolikt att barnet har avlats av honom. Till skillnad från den legala presumptionen i tex § 24 DgL, kan rätten sålunda inte, om den presumerande omständigheten slagits fast och ingen motbevisning förekommer, direkt slå fast den presumerade omständigheten.

⁴⁰ Rosenberg s 228.

⁴¹ Se Musielak s 79. Jfr Ekelöf: Rättegång IV s 93 not 56, som menar att skillnaden endast är formell.

⁴² Leipold s 95.

⁴³ Leipold s 87, Rosenberg s 221. Angående begreppet abstrakt rättsfaktum, se avsnitt 1.3.1.

⁴⁴ Leipold a st, Rosenberg a st.

Även vid användandet av en faktapresumtion finns således fakta i bakgrunden vilka inte upplöses. Nu kan det tyckas — och det är väl detta som ligger bakom distinktionen — att ifall den presumerade omständigheten refererar till ett konkret bestämt faktum någon upplösning till konkreta fakta inte är erforderlig. Därmed likställs det konkreta faktum som rekvisitet refererar till med själva rekvisitet. Då observeras emellertid inte att man bör skilja mellan konkreta fakta och rekvisit. Av hänsyn till ändamålsskäl kan ett rättsbegrepp som refererar till ett konkret faktum ges ett *annat innehåll* än vad som är gängse enligt det allmänna språkbruket.⁴⁵ En upplösning av det ifrågavarande begreppet skulle således kunna leda till en konstituering motsvarande den som förekommer vid komplexa rättsbegrepp. Slutsatsen blir då, att det inte finns någon anledning att skilja mellan rätts- och faktapresumtioner, eftersom den presumerade omständigheten alltid utgörs av ett rättsbegrepp till vilket domaren direkt sluter via den presumerande omständigheten. *Alla legala presumptioner utgör således rättspresumtioner*, vilka kan upplösas till fakta.⁴⁶ Skillnaden mellan de bägge typerna av presumptioner är endast *kvantitativ*.⁴⁷ Vid rättspresumtionen finns i regel fler fakta i bakgrunden.

Som nämndes i inledningen har det diskuterats huruvida det råder någon skillnad mellan ett bevisfaktum och en presumption. Om det t ex är mulet kan man ju säga att man presumerar att det skall bli regn, vilket är detsamma som att säga att det mulna vädret är ett bevisfaktum för regn. När det i detta sammanhang talas om presumption får detta inte förväxlas med vad jag ovan kallat faktapresumtion. En faktapresumtion, eller "Tatsachenvermutung", knyter till en rättssats, medan vi i det ovanstående exemplet sluter till ett faktum som står *utanför normsystemet*. I den mån rätten genom en okodifierad presumption knyter till ett konkret faktum, såsom i rättsfallet NJA 1976 s 235, där det presumerades att Carlsson varit medveten om kontraktets innehåll, får vi emellertid en presumption som knyter till en norm. Detta skedde i rättsfallet genom att bevisbördan lades på Carlsson.

Frågan om det i ett visst fall rör sig om vanlig bevisvärdering eller en presumption kan man inte se på beskaffenheten av den omständighet som presumeras. Om rätten utför en bevisvärdering eller knyter en bevisbörda till en faktisk omständighet beror på lämplighetsöverbägan-

⁴⁵ Se avsnitt 5.6.1 samt mer utförligt i avsnitt 10.3.2.

⁴⁶ Så också Leipold s 100.

⁴⁷ Se Musielak s 82.

den. Vilken betydelse en omständighet ges kan därför endast framgå av sammanhanget.

Det hävdas ibland att en presumtion välter bevisbördan på den som har presumtionen emot sig och medför en *bevisbördeomkastning*.⁴⁸ Detta innebär i så fall att bevisbördan inte placeras enligt den huvudregel som normalt gäller. Den presumerande omständigheten måste emellertid bevisas. Ser vi till § 4 KL så måste borgenären visa att han skickat en betalningsanmaning, att skulden är klar och förfallen etc. Genom den presumerande omständigheten har emellertid angetts vad borgenären skall bevisa för att gäldenären skall anses insolvent. Svarar inte gäldenären i målet är dessa omständigheter i princip tillräckliga för ett beslut om konkurs. Hade denna angivelse i lagen saknats, skulle en vanlig bevisbörderegler ha medfört att bevis temat blivit *mera omfattande*.⁴⁹ Då hade nämligen borgenären blivit tvungen att bevisa, om inte alla, så fler fakta av relevans för insolvensbedömningen. Man kan därför, som Bolding hävdar, mena att skillnaden mellan presumtioner och bevisbörderegler endast hänför sig till bevis temats omfattning.⁵⁰ Ur lagteknisk synpunkt är detta riktigt. Ser man däremot på de grunder som en presumtion resp en bevisbörderegler vilar på, så föreligger den skillnaden att presumtioner definitions mässigt ofta anges vara av sannolikhetskaraktär, vilket inte är fallet med sådana bevisbörderegler som inte är presumtioner.

Jag ställer mig emellertid tveksam till att helt likställa presumtioner med bevisbörderegler. En bevisbörderegler avser ju fakta, och om det nu förhåller sig så, att rättspresumtioner helt kan likställas med bevisbörderegler, så innebär ju detta att den som har en rättspresumtion emot sig, blir bevisskyldig för alla fakta som kan aktualiseras när rättskomplexet upplöses. Antag t ex att det uppkommer en tvist rörande äganderätten till en fastighet. A har lagfart på fastigheten och lagfart presumerar äganderätt. Betraktas nu rättspresumtionen som en ovillkorlig bevisbörderegler, kommer B att bli bevisskyldig för alla fakta av relevans för äganderättsbedömningen.⁵¹

⁴⁸ Se t ex Scheel s 19.

⁴⁹ Se Rosenberg s 217 och Leipold s 93.

⁵⁰ Bolding: Bevisbördan s 138. Man kan naturligtvis också säga att en bevisbördeomkastning sker givet förhandenvaron av den presumerande omständigheten, se Ekelöf: Rättegång IV s 93 och Blomeyer s 354.

⁵¹ Av denna uppfattning Leipold s 100: "Durch die besonderheit, dass die Rechtsvermutungen die Beweislast für *alle* Voraussetzungen des vermuteten Rechts regeln..." (min kurs). Så också Musielak s 81.

Enligt min mening är det inte rimligt att tolka presumtionen så, att den på *förhand* reglerat bevisbördan för *alla* de fakta som behöver bevisas och som kan dyka upp i ett individuellt fall. Det kan t ex vara så, för att nu återgå till tillämpningen av § 4 KL, att borgenären har betydligt lättare än gäldenären att bevisa en viss omständighet. Och här kan man ju i så fall hänvisa till en annan regel, nämligen den som säger att den som har lättast att föra bevisning om en omständighet bör bära bevisbördan för denna omständighet. Jag anser därför att i de fall komplexa rättspresumtioner upplöses de endast anger en *huvudregel* för bevisbördans placering.

Betraktas rättspresumtionen enbart som en huvudregel för bevisbördans placering kan således den situationen uppstå, att presumtionen saknar betydelse både ur bevisvärde- och bevisbördesynpunkt. Att presumtionen kommer att sakna betydelse även ur bevisvärdesynpunkt är självklart om den inte är av sannolikhetskaraktär. Är presumtionen av sannolikhetskaraktär, som t ex "lagfart presumerar äganderätt", kommer den likväl — åtminstone som regel — att sakna betydelse vid bevisvärderingen. Den presumerande omständigheten har ju i lagen ställts i relation till ett komplext rättsfaktum (t ex "äganderätt"). När detta komplexa faktum vid motbevisning upplöses mot enskilda konkreta fakta, kommer bevisningen att röra sig på ett sådant plan, att någon bevisrelation mellan existensen av konkreta fakta i det enskilda fallet och den presumerande omständigheten inte kommer att föreligga. Om t ex B säger att han bott på fastigheten i 20 år är ju lagfarten inte något bevis mot detta sakförhållande.⁵²

8.5 Bevisfrågor rörande insolvens

8.5.1 Inledning

Efter den ovanstående, mer kortfattade och allmänna genomgång av presumtionsbegreppet, skall vi närmare analysera vissa bevisfrågor i anslutning till konkursgrunden insolvens.

Om gäldenären inte svarar i ett konkursmål blir bevis temat rätt och slätt "insolvens". Den presumerande omständigheten måste visserligen bevisas, men är den bevisad avgör den s a s både sak- och rättsfråga i ett svep. Man kan i detta läge jämställa presumtionsregeln med en

⁵² Jfr nedan avsnitt 8.5.2 och 8.5.3.

vanlig materiell regel. Detta är lätt att inse om vi tänker oss stadgandet i § 4 KL uppdelat på två regler:

1 § Gälldenär som är eller under det senaste året före konkursansökningen varit bokföringsskyldig, skall anses vara insolvent om han trots uppmaning av borgenär inte betalar klar och förfallen skuld.

2 § Invänder gälldenären att han är solvent, och anför skäl och bevis för detta påstående, skall rätten efter en allsidig bedömning av hans ekonomiska situation pröva om han kan anses vara insolvent.

Av omskrivningen framgår tydligt att ifall motbevisning inte förs, presumptionen kan betraktas som vilken annan materiell regel som helst.⁵³ Men vad händer nu om gälldenären förebringar motbevisning? Har presumptionen i så fall spelat ut sin roll? Och var ligger bevis- resp rättsfrågorna i insolvensbedömningen? Frågorna är inte bara av teoretiskt intresse utan också, vilket så småningom kommer att framgå, av stor praktisk betydelse. I svensk doktrin har inte skrivits mycket om detta. Welamson har emellertid gjort vissa uttalanden, vilka jag lägger till utgångspunkt för den fortsatta framställningen.

8.5.2 Welamsons uppfattning

Welamson säger att bevisning genom inträffad omständighet, t ex utmätning, rörande insolvens som helhetskomplex, svårigen kan vägas mot bevisning angående enskilda fakta i solvens såsom komplext rättsfaktum.⁵⁴ Det synes här, säger Welamson, vara frågan om inkommensurabla faktorer: "Gälldenärens påstående om fakta, vilka tillsammans konstituerar solvens, kan sålunda sägas aktualisera nya bevisemata och beteckna ett andra stadium av insolvensprövningen."⁵⁵ Påståendet sammanhänger med att insolvens anges vara ett komplext rättsfaktum.⁵⁶ Det betecknar enligt Welamson "en viss relation mellan olika detaljer i gälldenärens ekonomiska situation",⁵⁷ "ett konglomerat av fakta i visst förhållande till varandra".⁵⁸ Dessa detaljer eller fakta bör vidare enligt

⁵³ Vanligtvis skiljer man mellan materiella regler och bevisbörderegler även om bevisbördereglerna ofta räknas tillhöra den materiella rätten. En bevisbörderegler anger hur domaren skall döma om det materiella rättsfaktumet X är ovisst. Delar man på den ifrågavarande regeln kan emellertid det första ledet inte betecknas som en bevisbörderegler, utan är att likställa med vilken materiell rättsregel som helst; den anger förutsättningarna för rättsföljdens inträde.

⁵⁴ Welamson: Konkursrätt s 50.

⁵⁵ Welamson a a s 54. Se även Welamson: Konkurs s 34.

⁵⁶ Welamson: Konkursrätt s 50.

⁵⁷ A a s 49.

⁵⁸ A a s 50.

Welamson inte betraktas som *bevisfakta* för insolvens, utan som moment i det komplex av fakta som konstituerar solvens eller insolvens.⁵⁹ Welamson betraktar tydligen detaljerna i gäldenärens ekonomi som *rättsfakta*.

Ur bevissynpunkt innebär Welamsons ståndpunkt, att om gäldenären inte svarar i målet, eller väl svarar men inte påstår fakta som konstituerar solvens, den presumerande omständigheten kommer att vara inriktad på insolvens som helhetskomplex. Påstår däremot gäldenären fakta vilka konstituerar solvens, och förebringar bevisning för dess fakta, kommer bevisningen att bli inriktad på detaljerna i gäldenärens ekonomi, och således inte längre på komplexet som sådant. Genom motbevisningen får alltså komplexet substans, bryts det ner i de mindre beståndsdelar, vilka eventuellt konstituerar detsamma.

Om nu gäldenären påstår fakta som konstituerar solvens och förebringar bevisning för dessa fakta, kunde man tänka sig att svag bevisning skulle räcka för att den presumerande omständighetens bevisvärde skulle framstå som otillräckligt och att gäldenären således inte längre skulle kunna anses vara insolvent. Welamson anser emellertid att rättsläget inte kan vara beskaffat på detta vis. I den situationen då gäldenären invänder att han är solvent och anför bevisning för dessa påståenden kommer bevisningen, enligt Welamson, inte längre att röra sig omkring insolvens som helhetskomplex, utan bli inriktad på de faktorer som konstituerar insolvens/solvens. Welamson menar nu enligt vad som ovan anförts, att man inte kan jämföra bevisning inriktad på insolvens som helhetskomplex med bevisning inriktad på delarna i detta komplex. Gör gäldenären invändningar kommer bevisningen enligt Welamson att hamna *på ett annat plan*.⁶⁰

Den anförda ståndpunkten är ur rent pragmatisk ståndpunkt ägnad att ge presumptionen den genomslagskraft som den är avsedd att ha. Vore det så att presumptionen "föll" endast på en svag motbevisning från gäldenärens sida vore den tandlös och ofarlig och den skulle då inte medföra att konkursreglerna kunde utnyttjas effektivt. Insolvens är ju ett svårutrett tillstånd⁶¹, och presumptionen har tillkommit på en

⁵⁹ A st.

⁶⁰ Welamson: Konkurs s 54.

⁶¹ Bogdan i SvJT 1981 s 502. Inom sannolikhetsteorin brukar man tala om sannolikheten för "händelser", se Stening: Bevisvärde s 65. Men naturligtvis kan även tillstånd bevisas. Att tex en bro är hållbar är ett tillstånd hos bron, vilket kan bevisas. Och uppsåt är ett mentalt tillstånd som också kan bevisas. För övrigt finns ingen fast gräns mellan händelser och tillstånd; en momentan händelse kan beskrivas som ett kortvarigt tillstånd.

bevissvårigheterna.

Lagtexten är också utformad så, att gäldenären, om den presumerande omständigheten är för handen, skall "visa" att han är solvent, vilket måste förstås så, att gäldenären har att styrka fakta som visar att han är solvent och att det sålunda inte är tillräckligt att ett av honom anfört faktum endast har den bevisstyrkan att den presumerande omständighetens bevisvärde — om den nu har ett sådant — inte längre framstår som tillräckligt.

Även om det är helt klart, att man från den *presumerande* omständighetens eventuella bevisvärde inte skall avräkna styrkan av eventuell motbevisning från gäldenärens sida,⁶² innebär inte detta nödvändigtvis att bevisningen konsekvent skulle röra sig på olika plan. Man kan mycket väl tänka sig, och med fog hävda, att från *gäldenärens motbevisning* skall — i det fall en bevisrelation är för handen — göras ett avdrag motsvarande den presumerande omständighetens *naturliga bevisvärde*, och att det efter detta avdrag skall framstå som "visat" att gäldenären är solvent. Jag skall i det följande utreda detta närmare.

8.5.3 Insolvensbedömningen bör betraktas som bevismässig och inte som av rättsfaktum-subsumtionskaraktär.

Enligt min mening förhåller det sig inte så, att bevisningen genom gäldenärens invändningar *alltid* hamnar på ett annat plan. Detta är en missuppfattning som synes bero på att de nya temata som kan aktualiseras genom motbevisningen i alla lägen anses beteckna något annat än temat för den presumerande omständigheten. Och i de fall bevisningen hamnar på ett annat plan, ställer jag mig kritisk till uppfattningen att detaljerna i gäldenärens ekonomi hänförs till kategorin rättsfakta. Jag skall i det följande närmare utveckla det sagda.

I KL kap 1 § 1 st 2 är insolvens definierat på följande sätt:

"Med obestånd (insolvens) avses att gäldenären icke kan rätteligen betala sina skulder och denna oförmåga ej endast är tillfällig."

Ur denna regel har vi att hämta bevistemat, som lyder: Kan gäldenären rätteligen betala sina skulder, och ifall han inte nu kan betala sina skulder, är denna oförmåga endast tillfällig? Bevistemat kan kräva fler preciseringar, tex kan innebörden av rekvisiten "oförmåga" och "tillfällig" behöva klargöras.

⁶² Welamson har i boken Konkursrätt inte tagit detta helt för givet, men framställningen ifråga hänför sig till en äldre konkurslag, se numera Welamson: Konkurs s 31 ff.

När insolvens beskrivs som ett konglomerat av fakta i förhållande till varandra får man intrycket att begreppet saknar all stadga. I motsats till många andra öppna rekvisit är emellertid insolvens, som vi sett, definierat i lagen. Definitionen är visserligen inte uttömmande, men sådana definitioner kan överhuvudtaget inte uppställas. Det är möjligt att rekvisitet insolvens i det konkreta fallet preciseras mot *någon* detalj i gäldenärens ekonomi, men det komplexa vid insolvensbedömningen torde ligga i bevisbedömningen, och inte i konstitueringen av rättssatsen.

Welamson menar emellertid att det komplexa rättsfaktumet insolvens ger ett motsvarande komplext bevistema. Han menar vidare — såvitt jag kan förstå — att rekvisitet preciseras mot detaljerna i gäldenärens ekonomi, vilka i enlighet med denna uppfattning blir rättsfakta. Jag menar emellertid att detaljerna i gäldenärens ekonomi — åtminstone i huvudsak — är att betrakta som *bevisfakta* för vad insolvens betecknar enligt definitionen i konkurslagen.

Detaljerna i gäldenärens ekonomi måste ju rimligen ställas i *relation* till frågan om gäldenären kan betala sina skulder eller inte. Dessa fakta är således sidoordnade själva temat och ligger till grund för en sannolikhetsuppskattning. Att det inte rör sig om en *subsumtion* framgår än tydligare när vi betänker att insolvensbedömningen i regel är *prognostisk* dvs av sannolikhetskaraktär.⁶³ Vad det handlar om är inte att subsumera en förfluten händelse under ett komplext rättsbegrepp, utan att bedöma vad som i framtiden kommer att ske. Prognosen knyter till temat om gäldenären i framtiden kommer att kunna betala sina skulder allt eftersom de förfaller och refererar således till ett bestämt sakförhållande, som antingen kommer att visa sig vara sant eller falskt. Det ter sig därför enligt min mening missvisande att beskriva detta som en subsumtion; en konstituering av ett komplext rättsfaktum. De faktorer som ingår i insolvensbedömningen tex omfattningen av gäldenärens tillgångar och skulder, tillgångarnas värde vid realisation å skilda tidpunkter, förfallodagar, möjligheterna till betalningsanstånd och ny kredit, gäldenärens egen förvärvsförmåga etc⁶⁴ kan inte sägas bli jämförda och underordnade det rättsbegrepp — insolvens — som beskriver den framtida händelsen, utan är i stället att

⁶³ Även Welamson: Konkurs s 20 påpekar att bedömningen blir prognostisk, men han anser likväl att "detaljerna" i gäldenärens ekonomi inte är att betrakta som bevisfakta. Angående begreppet "subsumtion", se avsnitt 1.2 och 10.2.

⁶⁴ Exemplen är hämtade från Welamson s 52.

betrakta som bevis för eller emot det sakförhållande som insolvens betecknar, d v s betalningsförmågan. Visserligen utgör de begrepp som förekommer i definitionen av insolvens *rättsbegrepp*, t ex kan vissa konkreta fakta komma att jämföras mot vad rättsbegreppet "skuld" betecknar, men rättsbegreppet ifråga har en så pass bestämd betydelse att det i allmänhet direkt kan omsättas till bevistema. Skulle det emellertid vara tveksamt om en företeelse rättsligt kan kvalificeras som en "skuld" och rätten preciserar begreppet mot vissa fakta, blir dessa fakta bevistemata och konkreta rättsfakta, men de ovan nämnda faktorerna (t ex möjligheterna till betalningsansånd och ny kredit) utgör inte rättsfakta vilka konstituerar det ifrågavarande begreppet utan bevis för eller emot att gäldenären kommer att betala eller inte betala skulden såsom den definierats.

Vad sedan gäller rättsbegreppen "rätteligen", "oförmåga" och "tillfällig", vilka också förekommer i definitionen av insolvens, så är dessa — och då kanske särskilt de två sistnämnda begreppen — vaga och därför i behov av precisering. Men det förhåller sig rimligtvis så, att *resultatet* av sannolikhetsbedömningen, där temat utgörs av frågan om gäldenären i framtiden kommer att kunna betala sina skulder allt eftersom de förfaller, avgör om det kan anses föreligga en "oförmåga" och om denna i så fall kan betraktas som "tillfällig" eller ej. Rätten kan ju inte — av rent logiska skäl — först ta ställning till om en betalningsoförmåga föreligger och om denna är endast "tillfällig", för att därefter utföra sannolikhetsbedömningen. Vid den ifrågavarande sannolikhetsbedömningen fungerar tydligen faktorerna i gäldenärens ekonomi som bevisfakta. Naturligtvis kan rätten, efter sannolikhetsbedömningen, känna sig osäker rörande frågan huruvida en konstaterad betalningsoförmåga kan anses som tillfällig eller ej, men denna tvekan beror enligt det anförda på tvekan rörande frågan om beviskravet är uppfyllt eller ej. Det kan emellertid också vara så att t ex lokutionen "tillfällig" ger upphov till rättslig tvekan. Antag t ex att det är utrett att gäldenären kommer att kunna betala vid tidpunkten X. Frågan om denna tidpunkt ligger så långt fram i tiden att en konstaterad betalningsförmåga inte kan anses som tillfällig är en rättsfråga (som aktualiseras efter sannolikhetsbedömningen). Detta begrepp konstitueras emellertid inte sui generis av faktorerna i den aktuella gäldenärens situation, utan får antas vara preciserat i praxis på ett någorlunda bestämt sätt. Och i den mån det inte skulle förhålla sig på detta vis framstår likväl detta som en *särskild tolkningsfråga* som är fristående från detaljerna i den aktuella gäldenärens ekonomi.

Med risk för att anses som tjugig eller övertydlig skall jag mot bakgrund av det ovan anförda helt kort exemplifiera och rekapitulera vad som framförts och därvid samtidigt förklara varför jag inte anser att bevisningen genom gäldenärens invändningar alltid hamnar på ett annat plan.

Antag nu, för att börja med det fallet att bedömningen inte är prognostisk, att gäldenären påstår att han kan betala en viss angiven skuld, t ex därför att han vunnit en miljon på tips, eller därför att han nyligen ärvt sin i Amerika avlidne stenrike farbror. Om gäldenären kan dokumentera detta sitt påstående, är påståendet att han nu kan betala sin skuld sant. Om gäldenären däremot endast kan göra sitt påstående "antagligt", är det bara "antagligt" att han nu kan betala denna skuld. Relationen mellan påståendet "jag har en miljon kronor" och temat "kan gäldenären betala denna skuld" är en bevisrelation. Det ligger i denna relation inte någon konstituering av begreppet "insolvens".

Det anförda exemplet är förenklat. Jag utgår ifrån att det rör sig om en borgenär med en viss angiven fordran, och att gäldenären gör det "antagligt" att han kan betala skulden ifråga. Det förhållandet att gäldenären inte betalat en klar och förfallen skuld gör det emellertid mindre troligt att gäldenären har den påstådda tillgången och därmed att han kan betala skulden. I denna situation kan man således väga den presummerande omständighetens naturliga bevisvärde mot gäldenärens motbevis, trots att gäldenären gjort invändning. Bevisningen rör nämligen *samma tema*; kan gäldenären betala sin skuld eller ej, och talar för resp emot detta tema. Jag kan därför inte se att bevisningen genom gäldenärens invändning hamnat på ett annat plan. Härför bör krävas att genom gäldenärens invändning *ett annat tema* aktualiseras till vilket den presummerande omständigheten *logiskt* sett inte kan stå i någon bevisrelation. Inte heller kan jag se varför man borde betrakta gäldenärens påstådda tillgång — denna "detalj" i hans ekonomi — som ett rättsfaktum, då alldeles uppenbart enbart en bevisverkan är knuten till den ifrågavarande omständigheten.

Konstateras det å andra sidan att gäldenären fn är illikvid eller att insufficiens föreligger, men gör gäldenären t ex gällande att han kommer att få kredit eller ett välbetalt arbete, får rätten, som ovan nämnts, göra en prognos, dvs en sannolikhetsbedömning, avseende frågan om han kommer att kunna infria sina skulder i framtiden allt eftersom de förfaller. Till grund för denna sannolikhetsbedömning ligger de påståenden om det framtida förmögenhetsläget som gäldenären gör. Påstår t ex gäldenären att han kommer att få ett välbetalt arbete, blir sannolikhets-

bedömningens föremål dels frågan om gäldenären verkligen kommer att få detta arbete, och dels frågan om inkomsterna kommer att räcka till för betalning av skulderna allt eftersom de förfaller. Bevis temat är här frågan om gäldenären i framtiden kommer att kunna betala sina skulder allt eftersom de förfaller. Detaljerna i gäldenärens ekonomi är att betrakta som bevis fakta som antingen talar för eller emot detta tema.

Den sannolikhetsbedömning som rätten gör kan vara beroende av hur en *rättsfråga* bedöms, t ex då tvist råder om gäldenären rätteligen har en viss skuld eller tillgång.⁶⁵ Pågår process om tillgången eller skulden, och kan utgången inte avvaktas, får rätten kanske göra en prognos av utgången. Prognosen förutsätter en rättslig bedömning och utgången av denna prövning påverkar naturligtvis sannolikhetsbedömningen. Att en rättslig prövning sker innebär emellertid inte att en sannolikhetsuppskattning inte skulle vara möjlig att göra. *Efter* det att den rättsliga bedömningen gjorts följer sannolikhetsuppskattningen. Insolvensbedömningen kan också bero på invecklade ekonomiska bedömningar,⁶⁶ vilka, liksom en rättslig prövning, föregår sannolikhetsbedömningen och påverkar denna.

I de fall där bedömningen blir prognostisk och det sålunda inte, som i det ovanstående enkla fallet, gäller frågan om gäldenären nu kan betala en bestämd skuld, har den presumerande omständigheten spelat ut sin roll såvitt gäller bevisbedömningen. Det förhållandet att gäldenären inte betalat en klar och förfallen skuld saknar givetvis relevans för t ex bedömningen av möjligheterna att få betalningsansånd.⁶⁷

Antag att borgenären, i exemplet där gäldenären påstår att han har en miljon kronor och styrker detta påstående, framställer ett blankt påstående om att gäldenären har andra skulder. Welamson diskuterar

⁶⁵ Welamson: Konkurs s 20.

⁶⁶ A st. Jag vill än en gång påpeka att Welamson betraktar detaljerna i gäldenärens ekonomi inte som bevis- utan som rättsfakta. Å andra sidan menar även Welamson att insolvensbedömningen innebär en prognostisk bedömning, d v s en bedömning av sannolikhetskaraktär. Varför Welamson inte valt att betrakta "detaljerna" i gäldenärens ekonomi som bevis fakta framgår inte.

⁶⁷ Det hävdas av Bolding och Eckhoff, att sannolikheter inte bör få ligga till grund för uppställandet av bevisbörderegler, eftersom sannolikheten i så fall får betydelse av två gånger; både vid bevisvärderingen och placandet av bevisbördan, se avsnitt 1.6 vid not 39. Av det anförda framgår emellertid att denna kritik inte är relevant för alla presumtioner av sannolikhetskaraktär. Vid användningen av § 4 KL saknar den presumerande omständigheten betydelse ur bevisvärderingssynpunkt när bedömningen blir prognostisk.

en sådan invändning i anslutning till KL § 3 p 1, och säger att det inte kan anses rimligt att gäldenären skall behöva motbevisa ett blankt påstående om skulder.⁶⁸ Att frågan om gäldenärens bevisskyldighet här aktualiseras beror på att andra skulder betraktas som rättsfakta.

Om gäldenären har andra skulder är emellertid detta förhållande enligt min mening ett bevis för att han trots allt är insolvent. Visar det sig att gäldenären har en ytterligare skuld på 200 000 kr samt att han saknar möjlighet att betala denna, är han insolvent, och att skulden existerar är ett bevis för detta förhållande. Såvitt jag kan se kan man rimligtvis inte betrakta skulden som ett rättsfaktum.

Även bevisfakta måste emellertid bevisas, men något beviskrav gäller inte för dessa.⁶⁹ Kan borgenären, och det är han som i detta läge bör vara bevisskyldig, bara göra påståendet om andra skulder t ex ”antagligt”, bör det beaktas vid bevisbedömningen. Härefter kan bevisbördan återgå på gäldenären. Den bevisbörda som vandrar fram och tillbaka är enligt min mening den falska. Welamson anser dock, som en följd av att han anser detaljerna i gäldenärens ekonomi vara rättsfakta, att det är nya bevisbörderegler (och ev också åberopsregler) som aktualiseras allt efter invändningarnas beskaffenhet.⁷⁰

Welamson säger härefter att man kan ställa sig frågande till att gäldenären skall vara bevisskyldig även beträffande specificerade påståenden om skulder. Låt oss, säger Welamson, tänka oss, att det är den konkurssökande borgenären själv som påstår sig ha ytterligare fordringar på gäldenären. Det vore, säger Welamson, onekligen en säregen effekt av presumptionsregeln om dessa påstådda fordringar skulle bli tungan på vågen, trots att borgenären till äventyrs inte alls kan prestera sådan bevisning för dem som fordras för att han skulle vinna en process mot gäldenären om dennes betalningsskyldighet.⁷¹

I resonemanget utgår Welamson från att skulden är ett rättsfaktum, att bevisbördan måste regleras för denna omständighet samt att ett beviskrav skall beaktas. Enligt mitt sätt att se på saken är, som flera gånger sagts, andra skulder att betrakta som bevisfakta för insolvens.

⁶⁸ Welamson: Konkurs s 32.

⁶⁹ Det enda som härvid förutsätts är att sannolikheten för de fakta (händelser) som pekar mot insolvens är högre än 0,5. Är sannolikheten lägre, t ex 0,2, talar nämligen faktumet ifråga inte för insolvens utan snarare för solvens, eftersom sannolikheten för att faktumet inte föreligger då är 0,8. Jfr ovan avsnitt 5.8.1 samt nedan avsnitt 8.5.4.

⁷⁰ Se Welamson: Konkurs s 34: ”Mot vad gäldenären härvidlag anför kan borgenären i sin tur tänkas åberopa *motfakta* av andra graden” (min kurs).

⁷¹ A s 32.

Och jag kan därför inte se att jämförelsen med vad som skulle inträffa i en rättegång om dessa andra skulder är relevant. I en sådan tvist vore skulden ett rättsfaktum, men härav kan man inte dra slutsatsen att de påstådda skulderna är rättsfakta också vid insolvensbedömningen. Vid insolvensbedömningen är ju bevisemat annorlunda än vid en fordringstvist, och vad som är rättsfaktum i den senare tvisten behöver naturligtvis inte vara rättsfaktum också i alla andra sammanhang. Vid insolvensbedömningen fastställs ju inte heller betalningsskyldighet för påstådda skulder. Deras funktion vid insolvensbedömningen är att utgöra bevis för att gäldenären är insolvent, och det är enligt min mening orimligt att fordra att skulderna skall "styrkas" för att få ingå i bevismaterialet vid insolvensbedömningen.⁷² Att uppställa ett beviskrav för bevisfakta strider också mot principen om fri bevisprövning.

8.5.4 Fördelar med att betrakta insolvensbedömningen som bevismässig

Det innebär utan tvekan en klar förenkling att betrakta insolvensbedömningen som bevismässig, i stället för som ett konglomerat av rättsfakta i förhållande till varandra. Intar man nämligen stånpunkten att detaljerna i gäldenärens ekonomi utgör rättsfakta, så måste man reglera bevisbördan för varje rättsfaktum särskilt. Welamson talar också om de svårigheter som är förknippade med fördelningen av bevis- och åberopsbörda.⁷³

Betraktar man däremot frågan om insolvens som ett bevisproblem, och i konsekvens härmed detaljerna i gäldenärens ekonomi som bevisfakta, behöver bevisbördan inte differentieras. För bevisfakta gäller ju inte några bevisbörderegler. Av vad som anförts är insolvensbedömningen också i realiteten en bevisfråga. Det förhåller sig sålunda inte så, att frågan på tveksamma grunder hänförs till en viss kategori för att därigenom undvika besvärliga bevisbördefrågor.

Uppfattningen att insolvens konstitueras av detaljerna i gäldenärens ekonomi leder också till andra svärbemästrade problem. Antag att bevisbördan för fakta differentierats så att den ömsom legat på borgenären och ömsom på gäldenären och att rätten, när den skall summera bevisningen, stannar i ovisshet rörande frågan om fakta bevisats med erforderlig styrka. Det synes här naturligt att låta presumptionsregeln gripa in till borgenärens förmån. Med uppfattningen att detaljerna i

⁷² Jfr avsnitt 1.3.2 rörande det förhållandet att en och samma omständighet kan vara bärare av flera olika funktioner.

⁷³ Welamson: Konkurs s 34.

gäldenärens ekonomi utgör rättsfakta får man dock måhända dra den slutsatsen att insolvens inte föreligger. För att avgöra detta måste man leta fram ett enda faktum och sedan bestämma vem som skall bära bevisbördan för detta faktum. Den som i denna situation belastas av bevisbördan för faktumet ifråga kommer att förlora målet. Insolvensprövningen förutsätter emellertid en *helhetsbedömning*. Att då välja ut ett enda faktum bland många andra och förklara att just detta faktum är avgörande för utgången är svårt, och reducerar möjligheterna till en allsidig bedömning. Betraktar vi insolvensbedömningen som bevismässig undviker vi emellertid denna olägenhet.

Nämnas bör här att vi däremot i andra sammanhang, när vi preciserar ett rekvisit, kan ha att betrakta faktorerna i ett händelseförlopp som rättsfakta. Så skedde t ex när kumulationseffekten diskuterades i avsnitt 5.8. Det rekvisit som där togs som exempel var "vårdslöshet". En skillnad mellan "insolvens" och "vårdslöshet" är emellertid att rekvisitet "insolvens" i motsats till rekvisitet "vårdslöshet" av lagen definierats i riktning mot ett bestämt sakförhållande. Faktorerna i gäldenärens ekonomi kommer därmed att utgöra bevis för eller emot detta bestämda sakförhållande och inte utgöra rättsfakta vilka konstituerar detsamma. Är däremot ett rekvisit obestämt och inte i lag eller praxis definierat mot ett bestämt sakförhållande, vilket är fallet med de flesta obestämda rekvisit, kommer de fakta som åberopas att konstituera rekvisitet och inte utgöra bevis för detsamma. Rekvisitet kommer m a o att preciseras mot ett flertal bevissystem (konkreta rättsfakta) och då rekvisitet är obestämt kan flera olika slags fakta i olika konstellationer göra rekvisitet tillämpligt. Till de fakta mot vilka rekvisitet preciserats kommer rättsföljden att knytas. De fakta mot vilka rekvisitet preciserats står således inte tillsammans i någon bevisrelation till ett bestämt tema, utan kan på sin höjd stå i bevisrelation till varandra.⁷⁴ Definieras däremot rekvisitet mot ett bestämt sakförhållande, vilket skett med rekvisitet "insolvens", kommer fakta att kunna stå i bevisrelation till detta sakförhållande. Rättsföljden kommer att knytas till sakförhållandet ifråga och faktorerna i målet kommer att få bevisverkan och inte rättsverkan.

Ett problem i det angivna sammanhanget är, som framgått, att det för varje detalj i gäldenärens ekonomi, m a o för varje omständighet som ingår i konstitueringen, enligt Welamson gäller ett beviskrav. Då nu en mängd faktorer ingår i insolvensbedömningen får man anta att vissa fakta "styrks", vissa görs "sannolika", andra "antagliga" och åter andra blott "troliga". Kanske kan gäldenären bara göra det "antagligt"

⁷⁴ Se avsnitt 1.3.2.

att han kommer att få kredit eller betalningsansånd. Vidhåller man nu ett generellt beviskrav på varje detalj i gäldenärens ekonomi, vilket blir konsekvensen av Welamsons rättsfaktateori, blir följden, såvitt jag kan se, att de faktorer som inte når upp till beviskraven faller bort ur bedömningen. Och detta rimmar illa med kravet på en helhetsbedömning. Anser man å andra sidan att det rör sig om en bevisrelation kan alla detaljer vägas mot varandra enligt den fria bevisprövningens princip, varvid en helhetsbedömning kan göras.

Här bör emellertid inskjutas, att även den tidigare berörda kumulationseffekten kan göra det svårt att åstadkomma helhetsbedömningar. Det är emellertid inte samma fenomen som uppträder vid insolvensbedömningen, även om denna uppfattas som en sannolikhetssuppskattning. Antag sålunda att borgenären anför fakta A, B och C till stöd för att gäldenären inte kommer att kunna infria sina skulder allt eftersom de förfaller. Sannolikheten för resp faktum (händelse) måste vara högre än 0,5 för att kunna anses tyda på insolvens. Är sannolikheten lägre, t ex 0,2 för faktum A, blir nämligen sannolikheten för händelsen icke-A 0,8, och omständigheten pekar i så fall snarare på solvens. Enligt bevismodellen kommer emellertid händelserna inte att kumuleras, utan i stället att — av ovan angivna skäl — *samverka* med varandra med avseende på bevismat insolvens. Frågan blir då: Hur sannolikt är det att *endera* faktum A, B eller C bevisar insolvens? Är sannolikheten för A 0,5, för B 0,7 och för C 0,8 blir sannolikheten enligt additionssatsen för att endera faktumet bevisar insolvens ca 0,97.⁷⁵ Vi har sedan att räkna med bevisning från gäldenärens sida som tyder på solvens, vars sammanlagda styrka får avräknas från värdet 0,97. Skulle vi däremot anse, att varje faktum är ett rättsfaktum som skall styrkas, faller faktum A bort ur bedömningen. Möjligen försvinner även faktum B, det beror på hur högt beviskravet "styrkt" anses vara.⁷⁶

Med uppfattningen att detaljerna i gäldenärens ekonomi är bevisfakta, följer emellertid inte nödvändigtvis att dessa bevisfakta inte skulle behöva åberopas. Man brukar ju säga att rätts- men inte bevisfakta skall åberopas. Att klassificera en omständighet som antingen ett rätts- eller ett bevisfaktum, och sedan efter denna klassificering dra slutsatser rörande åberopsbördan är emellertid rena begreppsjurisprudensen, och uppenbart inte ägnat att ge ändamålsenliga lösningar. Man får i stället fråga om det finns skäl att här ha någon skyldighet till åberopande, och finns sådana skäl skall ett åberopande ske.⁷⁷ Men att härefter

⁷⁵ Angående additionssatsen, se ovan avsnitt 5.8.1.

⁷⁶ Kumulation, bevisbördan och helhetsbedömning diskuteras även i avsnitt 11.2.2.

⁷⁷ Angående skäl för åberopande, se avsnitt 11.3.3. Jfr även avsnitt 5.5.2.

omvänt dra slutsatsen att eftersom ett åberopande bör ske, omständigheten ifråga måste vara ett rättsfaktum, är också en slutsats som grundar sig på begreppslig konstruktion. Frågan om vad som bör åberopas bör således — de lege ferenda — överhuvudtaget inte sammanblandas med vad som är ett bevis- eller ett rättsfaktum, utan bedömas självständigt och fristående. I den mån ett åberopande bör ske, har vi enligt min mening att göra med ett åberopande av *bevisfakta* och detta utgör ett undantag från den uppställda regeln att endast rättsfakta skall åberopas.

8.6 Något om beviskravet vid insolvens

Beviskravet "visat" ligger ganska högt på Ekelöfs skala och man kan *de lege ferenda* fundera över om inte det mot gäldenären riktade beviskravet är alltför högt. Den prognostiska bedömningen blir nämligen naturligen osäker.⁷⁸ Bedömningen av gäldenärens framtida förvärvsmöjligheter, möjligheterna till kredit, betalningsanstånd etc, rymmer i regel många komplicerade faktiska, rättsliga och ekonomiska spörsmål. Mot denna bakgrund, d v s med hänsyn till att solvens är svårbevisat, ter det sig egentligen alldeles orimligt med ett så högt beviskrav som "visat". Och man kan dessutom fråga sig om det är ändamålsenligt m h t konkursinstitutets funktion, att försätta gäldenären i konkurs om han gör sannolikt eller rent av bara övervägande sannolikt att han kommer att kunna betala sina skulder.

Enligt Olivecronas uppfattning skall bevisbördan placeras så, att ändamålet med de materiella reglerna kan realiseras. Syftet med konkursinstitutet är i första hand att skapa trygghet i den ekonomiska omsättningen och i andra hand att tillhandahålla regler för en samlad och rättvis fördelning av gäldenärens tillgångar. Beviskravet rör frågan på vilken punkt reglerna skall gripa in och medföra denna samlade avveckling. Kanske skulle man nu kunna resonera som så, att ifall det fordras lite bevisning från gäldenärens sida för att undvika konkurs, kreditgivare, leverantörer och andra borgenärer skulle bli försiktiga med att ge krediter. Risker för kapitalförstöring kan öka ju mindre mått av bevisning det krävs från gäldenärens sida. Ser man emellertid saken från gäldenärens sida, kanske denne inte vågar satsa på en affärsidé om han vet att det krävs mycket stark bevisning från hans sida för att konkurs skall undvikas. Affärer innebär alltid ett större eller mindre risktagande från båda håll. Och man kan lika väl i denna

⁷⁸ Se Welamson: Konkurs s 20.

situation säga att ett stort mått av bevisning från gäldenärens sida lika mycket skulle hämma driftiga personer från att låna pengar och starta bolag, som borgenärer att låna ut pengar om beviskravet vore lågt. Och i båda fallen skulle det s k omsättningsintresset skadas.

En borgenär kan också hellre chansa på att gäldenären kommer att klara sig i framtiden, även om han inte "visat" att han kommer att kunna infria skulderna allt eftersom de förfaller. Det är också rimligt att borgenärerna, om de är eniga, får disponera över beviskravet. Nöjer de sig med en övervägande sannolikhet finns det ju inga skäl att försätta gäldenären i konkurs. I realiteten ligger också beviskravet i betydande mån i deras händer, även om de enligt gällande rätt inte har rätt att på förhand bestämma dess höjd. Ger t ex en borgenär betalningsanstånd kommer ju sannolikhetskalkylen att förändras. Med betalningsanstånd kan det framstå som "visat" att gäldenären kommer att kunna infria sina skulder. Utan betalningsanstånd kan det vara "uppenbart" att han inte kommer att kunna göra detta.

Enligt min mening ligger således beviskravet "visat" — om vi nu förstår denna term som syftande på en bestämd plats på sannolikhets-skalan — alltför högt.⁷⁹ Konkurs innebär en ingripande åtgärd och reglerna om försättande i konkurs bör därför tolkas *restriktivt*. I konsekvens härmed bör vi inte ställa orimligt stora krav på gäldenärens bevisning. Dessutom bör, i enlighet med vad som ovan anförts om rättsnormerad bevisvärdering, borgenärens bevisning värderas restriktivt och gäldenärens bevisning extensivt.⁸⁰

Jag anser också att det inte är rimligt att fordra att beviskravet för rättsfaktum skall vara konstant och lika högt i alla lägen.⁸¹ Det föreligger en skillnad om en konkursansökan riktas mot ett företag med 100 anställda eller mot en privatperson med kontoret på fickan. En konkurs är betydligt allvarligare i det förra fallet. Vid bestämmandet av beviskravet bör sålunda hänsyn tas även till den skada som kan uppstå.⁸²

⁷⁹ Angående innebörden av termen "visat" se avsnitt 9.3.

⁸⁰ Se ovan avsnitt 7.6.

⁸¹ Se däremot Ekelöf: Rättegång IV s 78, som säger att bevisbördepunkten för ett visst rättsfaktum enligt gällande rätt alltid har en fixerad plats på skalan av ifrågavarande mål. Ekelöf själv förordar normalkravet "styrkt" a a s 100. Man kan emellertid inte fixera beviskravet på en bestämd plats på sannolikhets-skalan. Visserligen kan man säga att beviskravet i mål av viss typ alltid är "styrkt" men p g a erfarenhetssatsernas vaghet flyter beviskravet ifråga inom vissa intervaller. Det kommer därför an på hur det juridiska begreppet "styrkt" tolkas i olika fall. Jfr avsnitt 1.2, 7.4.1 och 9.3.

⁸² Bedömningen av skadan resp nyttan av ett avgörande i ena eller andra riktningen betonas av Maassen s 9, som för civilmål förespråkar överviktsprincipen. Jfr till det sag-

8.7 Sammanfattning

En presumtion är en rättsregel som anger att faktum X skall fastställas om faktum Y föreligger. Relationen mellan faktum X och faktum Y kan vara av sannolikhetskaraktär, vilket begreppet "presumtion" antyder. Att ett faktum presumeras kan emellertid bero på annat än att det finns ett sannolikhets samband i botten, t ex bevisvärigheter. Då det ofta hävdas att en presumerande omständighet har ett "naturligt bevisvärde" är det viktigt att observera att en presumtion kan vara grundad på andra skäl än sannolikhet. I annat fall kan bevisbedömningen komma att förryckas.

Det har i doktrinen debatterats huruvida en presumtion utgör en bevisbörde- eller en bevisvärde regel. Med hänsyn till att en presumtion kan vila på annat än sannolikhet, samt p g a att domaren, även vid ovisshet, av lagen förpliktats fastställa det presumerade faktumet om den presumerande omständigheten föreligger (och ingen motbevisning föreligger), är det rimligast att betrakta presumptionen som en bevisbörderegul. Detta hindrar naturligtvis inte att en presumerande omständighet kan äga ett betydande bevisvärde. Jag har i detta sammanhang hävdad, att ifall en presumtion uppställs som saknar sannolikhets samband (empirisk täckning) den p g a sin handlingsdirigerande effekt kan komma att förändra handlingsvanorna i samhället och att den därmed med tiden kan komma att få empirisk täckning.

Användningen av en presumtion förutsätter att den presumerande omständigheten är bevisad. Av denna anledning kan man säga att presumptionen inte kastar om bevisbördan, utan endast åstadkommer en bevislättning genom att temat begränsas. Även om det mesta talar för att presumptionen bör betraktas som en bevisbörderegul, finns dock vissa reservationer som behöver göras och dessa sammanhänger med indelningen av presumptionerna i fakta- och rättspresumtioner. De förra anses ta sikte på ett konkret faktum, de senare på ett komplext rätts-

da också UP prop 1980/81:8 s 1211. Dep.ch. har uttalat att enligt UB 4:20 normalt fordras sannolika skäl för tredje mans påstående om äganderätt för att stämningsföreläggande skall ges. Är emellertid egendomen *särskilt värdefull* eller gäller det anspråk som framställs av make eller den som sammanbor med gäldenären under äktenskapsliknande förhållanden, bör föreläggande, enligt dep.ch. kunna ges under lindrigare förutsättningar. Skälet till sänkningen av beviskravet i det första fallet är tydligen den, att skadan av ett fel anses allvarligare ju mer värdefull egendomen är, och i det andra fallet *bevisvärigheter*. Jfr NJA 1983 s 410 där HD säger: "Det måste ankomma på rättstillämpningen att avgöra när föreläggande att väcka talan kan ges fastän tredje man ej förmått visa ens sannolika skäl för sitt påstående om äganderätt."

faktum eller ett rättsförhållande. Om det nu förekommer motbevisning mot en rättspresumtion kommer komplexet att upplösas i sina detaljer. Är nu även rättspresumtionen en bevisbörderegel, så anger den hur det förhåller sig med bevisbördan för alla fakta i det upplösta komplexet. Eftersom nu fakta i komplexet kan vara mer eller mindre svårbevisade, och bevismöjligheterna för parterna kan vara olika, finns det skäl att betrakta presumtionen endast som en huvudregel för bevisbördans placering. Att utgå ifrån att bevisbördan alltid åvilar samma part oavsett vilken beskaffenhet ett faktum har kan inte vara acceptabelt. Tydligen kan en presumtion i ett konkret fall, under förutsättning att bevisbördan placeras enligt en undantagsregel, komma att sakna betydelse för placeringen av bevisbördan. Den kan också, har det framhållits, komma att sakna betydelse ur bevisvärdesynpunkt när ett komplext rättsfaktum upplöses.

Indelningen av presumtioner i rätts- resp faktapresumtioner uttrycker, har jag hävdad, en grad- och inte en artskillnad. En presumerande omständighet (av legal natur) har alltid sin udd inriktad på rätten, vilken sedan kan vara komplex eller av enkel natur. Detta innebär att man vid användningen av legala presumtioner inte kan, såvitt ingen motbevisning förekommer, skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. Förekommer motbevisning blir däremot gränsen mellan fastställandet av fakta och subsumtion i princip möjlig att dra.

Med det nu anförda sammanhänger uppdelningen av sak- och rättsfråga i presumtionen. En presumerande omständighet är ett rättsbegrepp. Vi måste därför skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtionen av fakta under den presumerande omständigheten. Sambandet mellan den presumerande och den presumerade omständigheten blir därför inte normfritt, inte ens om presumtionen är av sannolikhetskaraktär.

Jag har avslutningsvis diskuterat bevisfrågor rörande insolvens. Det som är komplext vid insolvensbedömningen är, har jag hävdad, inte rättsfaktumet utan det bevismaterial som används för att fastställa rättsfaktumet (betalningsoförmågan). Jag har även pekat på fördelar med att betrakta insolvensbedömningen som bevismässig i stället för som av rättsfaktum-subsumtionskaraktär. Vi behöver nämligen i så fall inte ställa upp beviskrav för olika fakta och heller inte bekymra oss om bevisbördefördelningen. Dessutom blir det lättare att göra en helhetsbedömning. Däremot har jag funnit att vi, trots att detaljerna i gäldenärens ekonomi betraktas som bevisfakta, inte helt kan utesluta ett krav på åberopande.

9 Det juridiska sanningsbegreppet

9.1 Inledning

I detta kapitel skall förhållandet mellan sak- och rättsfråga diskuteras på ett mer övergripande plan. Ramen för prövningen av sakfrågan bestäms av rättsregler, och vi skall titta lite närmare bl a på hur utredningens omfattning påverkar möjligheterna att åstadkomma en materiellt riktig dom.¹

Bevisvärderingen syftar till att klarlägga vad som verkligen inträffat.² Av RB 17:2 framgår emellertid att domen skall grundas *på vad som förekommit i målet*. Med denna regel korresponderar RB 35:1, som säger att rätten vid bevisprövningen skall beakta allt som förekommit — varmed åsyftas under huvudförhandlingen — för att därefter avgöra vad i målet är bevisat. Å ena sidan skall alltså bevisvärde- och bevisbördepunkt jämföras med vad som är verklig sanning, å andra sidan förefaller de ovan nämnda reglerna aktualisera en annan sanning, nämligen vad som är sant på grundval av processmaterialet. Det behöver givetvis inte föreligga någon motsättning här. Vad som framstår som sant enligt processmaterialet kan ju överensstämma med vad som faktiskt är sant. Men det kan också vara så att vad som framstår som sant enligt processmaterialet skulle visa sig vara falskt vid en bedömning baserad på en *fullständig och förutsättningslös undersökning*. Detta förhållande ligger ibland till grund för den distinktion som brukar göras mellan en materiellt och formellt riktig dom.³

I det följande skall jag försöka närmare utreda hur dessa sanningar förhåller sig till varandra. Till att börja med skall jag emellertid beskri-

¹ Som framgick av avsnitt 1.4 föreligger en växelverkan mellan fakta och norm. En utvidgad utredning kan inte bara skapa större visshet om fakta, utan även införa nya fakta vilka kan påverka val av rättsats. Ofta torde en utvidgad undersökning föra med sig dels att fakta med större säkerhet kan fastställas och dels att rättsfrågan får ett större djup. Här kommer dock endast den förra aspekten att behandlas.

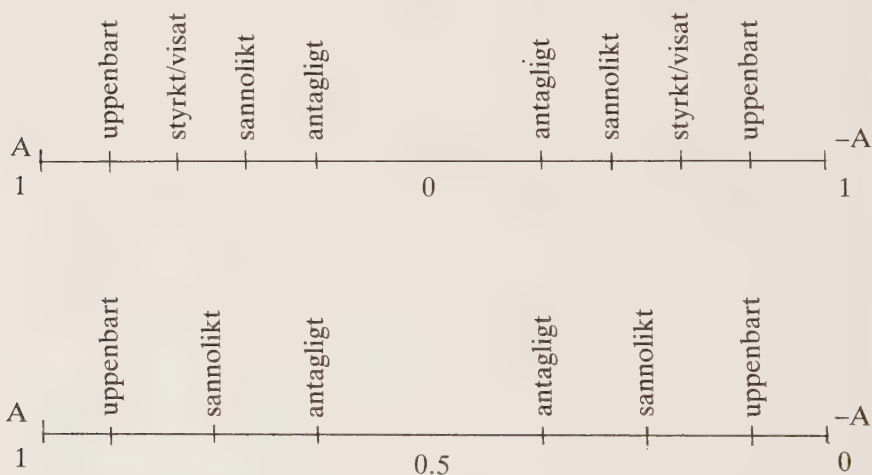
² Bevisvärderingen kan samtidigt tjäna till att realisera ändamålet bakom de materiella reglerna, se avsnitt 7.6 om rättsnormerad bevisvärdering.

³ Bolding: Bevisbörden s 99, Ekelöf: Rättegång IV s 115. Jfr avsnitt 6.8.2 och 7.5.

va hur den svenska doktrinen framställer sannolikhetsskalan. Därefter skall jag säga något om termerna "styrkt" och "visat". Efter detta skall jag försöka analysera det juridiska sanningsbegreppet.

9.2 Sannolikhetsskalan

Enligt Ekelöf bör man laborera med 4 olika beviskrav: "antagligt", "sannolikt", "styrkt" och "uppenbart".⁴ Vid diskussion av bevisbörda och bevisvärdepunkt placerar Ekelöf in dessa termer på en skala med följande utseende:⁵



Den övre skalan visar Ekelöfs graderingar. Den undre skalan, som jag tagit med för jämförelsens skull, visar hur Bolding betraktar sannolikhetsskalan.⁶ Vi ser att skalorna liknar varandra genom att de har värdet 1,0 som maxvärde. Till detta värde är sedan bevisvärde och beviskrav relaterat. Som synes förefaller det som om värdet "styrkt", vilket enligt Ekelöf är ett normalkrav på bevisningens styrka, ligger endast en liten bit bort från värdet 1,0. Man får således den uppfattningen, att ifall något är "styrkt", man kommit bra nära den *verkliga*

⁴ Ekelöf: Rättegång IV s 88.

⁵ A a s 77.

⁶ Bolding: Bevisbördan s 170. Motsvarande skala finner vi hos Eckhoff s 12.

sanningen. Detta menar jag är en *missvisande* bild. Bevisbedömningen utförs på grundval av det material som finns infört i målet och detta kan vara begränsat, t ex på grund av parternas dispositioner. Vad som framstår som ”styrkt” p g a processmaterialet skulle alltså kunna visa sig vara falskt eller bara ”antagligt” om bedömningsmaterialet gjordes mera omfattande.⁷ Härtill återkommer jag mer utförligt senare i framställningen.

Som vi ser av skalorna har Ekelöf värdet 0 i mitten, och värdena 1,0 i vardera ytterändan på skalan, medan Bolding har värdet 1,0 i ena änden, 0,5 i mitten och 0 i slutändan. Denna skillnad sammanhänger med att Ekelöf förespråkar värdemetoden, medan Bolding bekänner sig till temametoden. Värdemetoden skiljer ju mellan sannolikheten för temat och sannolikheten för att bevisfaktum bevisar temat.⁸ Denna distinktion leder till att man, även om bevisvärdet för faktum A är ”uppenbart”, härav inte kan sluta sig till att icke -A är ”antagligt”. Skalorna korresponderar inte på detta vis.⁹ Temametoden utgår ifrån att ifall sannolikheten för faktum A är t ex 0,4, så är sannolikheten för icke -A, 0,6. Här finns en korrespondens i skalan.¹⁰

Jag återkommer snart till att det juridiska sanningsbegreppet, men först skall jag, som inledningsvis nämndes, undersöka vad de vanliga termerna ”styrkt” och ”visat” står för. För en analys av sanningsbegreppet är det nämligen viktigt att veta vad dessa termer betyder. Kanske de inte bara tar sikte på teoretiska skäl att tro på något?

9.3 Termerna ”visat/styrkt”

Ekelöf menar alltså att ”styrkt/visat” skulle vara ett normalkrav på bevisningens styrka.¹¹ Då termen ”styrkt” eller ”visat” förekommer i en lagregel tolkar Ekelöf detta som om ett bestämt beviskrav åsyftas.¹² På motsvarande sätt uppfattar han termerna när de förekommer i domar.¹³

⁷ Jfr avsnitt 4.5.3.

⁸ Angående värdemetoden, se avsnitt 4.4 och nedan avsnitt 9.4.5.

⁹ Se Ekelöf: Rättegång IV s 31.

¹⁰ Se avsnitt 4.4 vid not 80. Notera att Boldings skala bara innehåller tre beviskrav.

¹¹ Se Ekelöf: Rättegång IV s 80, 87 och 100. Ekelöf menar dels att ”styrkt” bör vara ett normalkrav och dels att det faktiskt (de lege lata) utgör ett normalkrav. Jfr avsnitt 1.2 vid not 6 och avsnitt 7.5 vid not 35.

¹² A a s 86 f.

¹³ A a s 87.

När det i domar står "det har inte visats ...", "det har inte styrkts ..." etc kan det emellertid i stället förhålla sig så, att därmed endast menas att relevanta fakta inte *bevisats*, varvid det är utsagt vilket speciellt beviskrav som ansetts vara tillämpligt.¹⁴ Grunden till detta mitt påstående är att termen "styrkt" i RB används i den allmänna betydelsen "bevisa". Så används termen i t ex RB 35:10, 41:2 st 2, 42:8, 45:4 p 4, 45:10 och 47:7. När det sålunda i t ex RB 41:2 st 2 sägs att sökanden i stämningsansökan skall ange vad han vill "styrka med varje särskilt bevis", kan det ju mycket väl vara så, att beviskravet för kåranden i det aktuella tvistemålet är t ex "sannolikt". Vilket beviskrav som gäller framgår ju inte av RB, utan får sökas i den materiella regel som är tillämplig.

Det ligger nu nära till hands att tro, att RB:s terminologi smittar av sig och används på samma sätt i domar. Att något är "styrkt" betyder i så fall att det är bevisat, varvid det är utsagt vilket speciellt beviskrav som ansetts vara tillämpligt. Hur är det då med termen "visat"? Denna term används ju som synonym till termen "styrkt". Betecknar den en bestämd sannolikhetsgrad eller något annat? Termen *kan* hänvisa till sannolikhetsskalan och i den mån den gör detta, kan den beteckna såväl en bestämd bevisstyrka som bevisa i största allmänhet.

Termerna "visat/styrkt" används emellertid i praxis inte alltid i anslutning till fastställandet av konkreta fakta. Fastmer används de stundom i förbindelse med *rättsfrågan*. Jag skall i det följande illustrera detta med några exempel: "Det har inte *visats*, att en tillämpning av friskrivningsklausulen är för konossementinnehavaren *otillbörlig*".¹⁵ Det kan inte anses *styrkt* att Z gjort sig skyldig till *grov oaksamhet*".¹⁶ Enär icke *visats* att travsällskapet driver sådan rörelse att *bokföringsskyldighet* föreligger enligt bokföringslagen, kan den sökta inteckningen icke beviljas".¹⁷

Av exemplen ser vi hur beviskravstermerna ställs i relation till *rättsföljden*, antingen indirekt genom en koppling direkt till rekvisiten ("otillbörlig"), eller direkt genom en omedelbar hänvisning till densamma (... inte anses styrkt ... gjort sig *skyldig*, icke visats ... *bokförings-*

¹⁴ Jfr Bolding: Bevisbördan s 170 och 182, som menar att termerna ifråga inte betecknar en specificerad bevisstyrka.

¹⁵ NJA 1962 s 165.

¹⁶ NJA 1967 s 264.

¹⁷ NJA 1974 s 303. Jag vill påpeka något som väl är självklart för de flesta jurister, nämligen att sådana formuleringar som jag exemplifierat med är ytterst vanliga. Det är således inget speciellt med de anförda rättsfallen. De tjänar endast som exempel.

skyldighet). Huruvida något är tex "otillbörligt" kan emellertid inte avgöras enbart på grundval av teoretiska skäl, utan det krävs en värdesättning av fastställda fakta för att rekvisitet skall kunna konstitueras.¹⁸ Som tidigare framgått har normer heller inget sanningsvärde, varför det inte — i strikt teoretisk mening — är möjligt att från fakta sluta sig till att en rättsenlig skyldighet föreligger.¹⁹ Man skulle dock kunna förmoda att domstolarna är medvetna om det nu sagda. I så fall skulle det kunna röra sig om ett förkortat uttryckssätt för det förhållandet att de fakta som åberopats till stöd för att rättsföljden skall inträda inte bevisats med erforderlig styrka.

Denna tolkning stämmer ibland men inte alltid. Det är nämligen lätt att hitta exempel *där rättsfakta är klarlagda*, men där domstolen likväl använder uttryck som det har "ej visats", "ådagalagts" etc. Ett rättsfall av vilket det uttryckligen framgår att "visats" använts på detta sätt är NJA 1974 s 476. Omständigheterna var i korthet följande:

En patient hade skadats i samband med intravenös tillförsel av näringslösning. Patienten gjorde bla gällande att sköterskan S förfarit vårdslöst vid utförandet av den intravenösa behandlingen genom att hon dragit tillbaka kanylen eller vridit plastslangen, utan att samtidigt förfara på samma sätt med nålen och att hon därigenom skar av plastslangen, som blev kvar i patientens kropp.

HovR:n ansåg det utrett att slangen skurits av på det sätt som patienten påstått, och angav bla följande i sina domskäl:

"Det förhållandet att avskärningen skett på nyss angivet sätt kan enligt HovR:n:s bedömande icke anses *visa* att S förfarit vårdslöst. Ej heller med hänsyn till övriga omständigheter i målet finner HovR:n *styrkt* att S förfarit vårdslöst vid ifrågavarande behandling."

Av citatet framgår att det ansetts klarlagt att plastslangen skurits av och hur detta gått till, men att detta inte "visar" vårdslöshet. De "övriga omständigheter", till vilka termen "styrkt" hänvisar, har även de, såvitt framgår av domen, ansetts klarlagda.

Det är emellertid inte bara HovR:n som uttrycker sig på detta vis. Så gör även HD ibland, vilket framgår av följande exempel:

"... kan B icke anses hava *visat*, att den omständigheten att L ej vidtagit ytterligare stämnings- och förstävningsåtgärder är att tillräkna L såsom vårdslöshet".²⁰

¹⁸ Se härom avsnitt 10.2 och 10.3.2.

¹⁹ Se avsnitt 1.4 vid not 96.

²⁰ NJA 1964 s 353.

I HD-fallet framgår också tydligt att fakta varit klarlagda, men de ”visar” inte vårdslöshet. Vilka slutsatser kan man nu dra av detta språkbruk? Till att börja med vill jag erinra om att beviskravstermer anger en plats på sannolikhetsskalan. De anknyter vidare till bevisbörderegler, och avser fakta, dvs påståenden, vilka antingen är sanna eller falska. Bevisfakta är teoretiska skäl att tro på existensen av dessa fakta. När nu termerna ”visat” och ”styrkt” används *även* sedan fakta fastställts kan de inte åsyfta beviskravens egentliga och avsedda föremål. Fastmer används de här, inte bara skenbart utan rent faktiskt, i relation till *rättsföljden*. Skrivningarna kan man rimligen inte uppfatta på annat vis än att *skälen* inte varit sådana att rättsföljden bör inträda; de visar inte, har m a o inte en sådan *rättslig betydelse*, att rättsföljden bör inträda.

Trots vad som antagits om domstolarnas medvetenhet om att det är fakta som skall bevisas, inger skrivningarna ifråga farhågor om att denna insikt inte är allmänt utbredd. Och detta är i så fall högst betänkligt. Bevisbörderegler skall användas på fakta, och har fakta med erforderlig grad av sannolikhet fastställts, ankommer det på rätten att enligt principen *iura novit curia* ta ställning till rättsfrågan. När det nu sägs, som i HD-fallet, där fakta klarlagts, att B icke ”visat” att angivna fakta är att tillräkna L såsom vårdslöshet, synes bevisbördereglerna ha använts även på rättsfrågan och därmed urholkat principen *iura novit curia*.²¹ Det är ju inte B som skall visa att fakta är att tillräkna L såsom vårdslöshet. Detta är en rättsfråga som domstolen är skyldig att ta ställning till. I den mån bevisbörderegler används på detta plan ligger ett kategorimisstag till grund för denna villfarelse. Då torde nämligen även vad som i realiteten är rättsfakta att betraktas som bevisfakta. I HD-fallet skulle m a o det förhållandet att ytterligare stämnings- och förstävningsåtgärder inte vidtagits ha betraktats som bevis — visserligen otillräckliga — för culpa. Och härav kan man förledas dra slutsatsen att de i så fall inte behöver åberopas.²²

Det finns även en annan tolkningsvariant än den nu angivna, vilken sammanhänger bl a med frågan om man kan skilja mellan begreppsliga och empiriska frågor. Deskriptiva ord betecknar vissa ting i verkligheten. Om någon säger: ”Jag såg ett träd”, måste verkligheten ha varit beskaffad på ett visst sätt för att utsagan skall vara sann. Visar det sig

²¹ Angående principen *iura novit curia*, se avsnitt 1.6, 11.3.3 och 11.3.4.

²² Jfr avsnitt 5.4.3 vid not 64, avsnitt 5.5.2 vid not 79, avsnitt 7.2 vid not 3 samt avsnitt 11.2.2.

att personen i själva verket sett en sten har han misstagit sig beträffande innebörden av de språkliga symbolerna. Jag kan be personen närmare precisera sig när han påstår att han sett ett träd. Kanske ritar han då en bild av sin iakttagelse. Härefter kan jag kontrollera om han subsumerat sina sinnesintryck under rätt språklig etikett. Normalt krävs dock inte en sådan precisering. Ordet "träd", liksom de flesta andra deskriptiva ord som vi använder, har en såpass bestämd betydelse att vi — åtminstone till vardags — kan betrakta det som ett faktum att t ex ett träd iakttagits. Ber jag emellertid personen precisera sig förvandlas frågan sås frånan från en faktafråga till en semantisk fråga. Fakta blir då olika detaljer i personens iakttagelse, vilka subsumeras under begreppet "träd". Huruvida dessa fakta konstituerar "träd" blir då att betrakta som en semantisk fråga.

Jag vill här inskjuta att all subsumtion under *rättssatser* är att hänföra till rättsfrågan även om i rättssatsen ingår t ex det beskrivande begreppet "träd". Vad sedan gäller fastställandet av om det verkligen var ett "träd" som personen såg, kan man i och för sig tänka sig att detta enkla begrepp upplöses i konstituerande detaljer. I så fall blir detaljerna bevisföremål, vilka subsumeras under rättsbegreppet "träd".

Antag nu att rekvisitet "föra" skall tillämpas, och att två polismän säger att A "förde" sitt fordon på Drottninggatan. Antagligen betraktar jag detta som ett faktum, d v s jag ber inte polismännen precisera sig; säga att A styrde, växlade, bromsade etc, d v s allt sådant som man normalt gör vid förandet av ett fordon. Och rätten kan i ett sådant fall säga att det är "styrkt" att A "fört" sitt fordon på Drottninggatan.

Antag i stället att den något berusade B sitter bredvid A, som för bilen, och styr bilen ett tag medan A tänder en cigarett. Har B "fört" bilen? Har vi att göra med en begreppslig eller empirisk fråga? Det verkar finnas två alternativ. Man kan antingen säga att verkligheten inte varit beskaffad på sådant sätt att rekvisitet "föra" är tillämpligt, d v s att sådana fakta inte visats föreligga att begreppet "föra" är tillämpligt. Denna empiriska attityd föregås visserligen av en tolkning av begreppet "föra" men uppmärksamheten fästes på att det föreligger en *brist* på relevanta fakta. I fall det sägs att det inte "styrkts" att A fört bilen menas i så fall att sådana fakta inte bevisats som gör begreppet tillämpligt. Det andra alternativet är att man säger att här har vissa fakta bevisats, och att det gäller att bedöma om de kan subsumeras under rekvisitet "föra". I så fall ser man inte på vad som saknas utan på de fakta som föreligger. Vi får i det sistnämnda fallet en rättslig

argumentation omkring fastställda fakta, en förklaring till varför de inte konstituerar rekvisitet "föra", varvid rättsfrågan blir tydlig. I det förstnämnda fallet däremot, kommer en sådan argumentation inte att bli aktuell, eftersom uttrycket "inte visat ..." svepande hänvisar till en icke närmare specificerad brist på fakta.

Det är naturligtvis att föredra att domstolen är försiktig med att låta beviskravstermer beteckna en brist på faktasidan. I annat fall blir ju alla frågor att betrakta som sakfrågor. Men man kan tänka sig att domstolen ibland använder det förstnämnda alternativet. Det kan förhålla sig så, att domstolen är helt säker på att verkligheten inte varit beskaffad så att den konstituerar ett visst rättsbegrepp. Antag t ex att B satt i baksätet som passagerare och aldrig rörde ratten. Om det nu skulle göras gällande att han "fört" bilen är detta uppenbarligen nonsens, och det finns ingen anledning för domstolen att närmare motivera varför en person som sitter i baksätet inte kan anses "föra" bilen. Här kan det därför sägas att det inte är "styrkt" att han fört bilen. Jag vill också påpeka, att när uttrycken "inte visat ...", "inte styrkt ..." betecknar en brist på faktasidan, rätten gör en rättslig bedömning av de fakta som klarlagts, även om detta inte framgår av domen. För att det skall kunna anses råda en brist måste ju konstateras att de fakta som är tillgängliga är otillräckliga.

I vissa fall måste beviskraven med nödvändighet ta sikte även på rättsfrågor. I t ex RB kap 15 §§ 1 och 3 står att sökanden skall "ha visat sannolika skäl för sin talan". Med talan avses både sak- och rättsfrågor.²³ Termen "visat" i den citerade satsen åsyftar knappast beviskravet "visat". Regeln skulle nämligen i så fall bestå av två bevisled. Först skulle sökanden i så fall ha att styrka fakta vilka i nästa led skulle vara "sannolika skäl för talan". En sådan konstruktion ter sig emellertid mycket egendomlig. "Visat" får i stället i detta sammanhang antas betyda ungefär detsamma som "åberopa" eller "anföra". De åberopade skälen skall enligt denna tolkning göras "sannolika". Skälen ifråga fungerar vidare både som rätts- och bevisfakta. Det krävs en preliminär subsumtion av skälen under en rättsregel och i detta sammanhang fungerar omständigheterna som rättsfakta. Subsumtionsfakta fungerar sedan som bevisfakta vid den prognostiska bedömningen; de kan sägas utgöra bevis för utgången. Är de skäl som sökanden åberopar tveklöst bevisade kommer sannolikhetsbedömningen enbart att ta sikte på utgången i rättsfrågan.

²³ Med "talan" menas här "yrkande". Ställningstagandet till ett yrkande kräver en prövning av både bevis- och rättsfrågor, se Ekelöf: Rättegång I s 26 och Grundbegrepp s 64 ff.

Sammanfattningsvis kan sägas att termerna ”styrkt/visat” i praxis används på flera olika sätt. De kan beteckna sannolikheten för konkreta fakta, de kan också användas i förening med rättsföljden, och slutligen kan de beteckna en brist på faktasidan.

Det nu sagda måste emellertid förtydligas något. Jag har sagt att det finns två tolkningsvarianter; brist på rättsligt relevanta fakta, eller ett konstaterande av att åberopade fakta inte har tillräckligt stor rättslig tyngd. Vad gäller en hänvisning till enbart bristen på faktasidan kan man emellertid säga, att om en sådan konstaterats, de *föreliggande* fakta samtidigt måste ha värderats och därvid konstaterats sakna rättslig betydelse. Och om å andra sidan föreliggande fakta rättsligt värderats på ett tydligt sätt och därvid inte befunnits vara tillräckliga för att rättsföljden skall inträda, utsägs därmed samtidigt att det föreligger en brist på relevanta fakta. På det angivna sättet sammanfaller de båda tolkningsvarianternas betydelse. Konstateras däremot att en rättsföljd bör knytas till föreliggande fakta och rätten därvid säger t ex ”det får anses visat”, kan termen ”visat” inte beteckna en brist på faktasidan, men däremot att skälen har erforderlig rättslig tyngd. I detta fall särskiljer sig betydelsen av de båda tolkningsvarianterna. Men de särskiljer sig också vid sammanfallande betydelse ur *metodisk* synpunkt. Vid bristvarianten synes rätten vara benägen att säs göra rättstillämpningsfrågor till empiriska frågor. Därmed finns en risk för att vad som i realiteten utgör rättstillämpningsfrågor *faktiskt* behandlas som bevisfrågor. I vart fall kommer vi inte att se skymten av någon argumentation rörande frågan varför fastställda fakta inte ansetts aktivera rättsföljden. Någon diskussion av rättsfrågan får vi således inte när domstolen inte redodvisar varför i målet införda fakta inte räcker, utan i stället genom en svepande formulering hänvisar till en icke närmare angiven brist på fakta. Används däremot rättstillämpningsvarianten, kommer ett ställningstagande till de föreliggande faktas rättsliga betydelse att ske.²⁴

Vad gäller bristen på faktasidan används särskilt termen ”visat” i det allmänna vardagsspråket på det ovan angivna viset. När vi argumenterar med någon säger vi ibland ”du har inte visat övertygande argument för din ståndpunkt”, ”du har inte visat några skäl för ditt handlande”. Vad termen betecknar är då inte ett beviskrav, utan att det inte alls föreligger några argument eller att vi inte godtar de anförda argumen-

²⁴ Jag menar naturligtvis inte, vilket också framgått ovan, att rätten alltid skall utförligt förklara varför åberopade fakta inte aktiverar rättsföljden. Är emellertid rättsfakta av sådan beskaffenhet att man *förväntar sig* att de skulle kunna aktivera rättsföljden, bör domstolen tala om varför de trots allt inte räcker till. Jfr avsnitt 1.3.1 vid not 63.

ten. Vad däremot gäller de fakta som åberopas som skäl, kanske vi inte alls ifrågasätter existensen av dessa fakta. När det således som i § 23 KöpL står "med mindre det visas, att dröjsmålet icke kan tillräknas denne som försummelse", kan uttrycket "visa" betyda att säljaren skall framställa sådana argument att den för honom oförmånliga rättsföljden uteblir. Termen "visat" är i så fall knuten till argumenten och deras *rättsliga* betydelse.²⁵ Detta behöver dock inte betyda att säljaren på något vis är bevisskyldig för argumentens rättsliga betydelse, utan endast att han — för att han inte skall förlora målet — är tvungen att *åberopa* skäl av sådan rättslig betydelse att försummelse inte kan anses föreligga. En annan fråga blir det då hur säker domstolen måste vara beträffande existensen av de teoretiska skäl, (fakta) vilka säljaren åberopar som handlingsskäl. Även om de teoretiska skälen (fakta) "visats" föreligga, kanske de inte i rättslig mening "visar" att försummelse inte föreligger. Och har de teoretiska skälen gjorts "sannolika", så kanske de i rättslig mening "visar" att försummelse inte föreligger.

Som framhållits tidigare i framställningen utgör ett teoretiskt skäl också ett handlingsskäl.²⁶ Av vad som ovan anförts har framgått att termen "visat" kan anknyta till om ett skäl — även om det till fullo är bevisat — duger som rättsligt handlingsskäl. Ifall det inte duger har inte "visats" att tex försummelse inte föreligger. Man kan då tolka termen ifråga som betecknande en brist på faktasidan eller alternativt som att de åberopade skälen inte har tillräckligt stor rättslig tyngd.

Vad gäller termen "styrkt" så används den nog inte lika ofta i det allmänna språkbruket på samma sätt som termen "visat" i nu aktuellt hänseende. I rättspraxis synes den emellertid i ifrågavarande sammanhang användas på samma sätt som termen "visat". Den betecknar därvid att klarlagda fakta inte har en sådan rättslig tyngd att de aktiverar rättsföljden. Därvid utsägs samtidigt att det föreligger en brist på rättsligt relevanta fakta. Termen "styrkt" kan också, liksom termen "visat", användas för att beteckna en speciell bevisstyrka. I RB används emellertid termen "styrkt" synonymt med termen "bevisa".

²⁵ I tex NJA 1983 s 510 framgår det enligt min mening tydligt att termen "visat" hänсыftar på faktabrist. HD säger: "Det har inte visats föreligga sådana skäl i detta mål att, oaktat det nu sagda, en tillämpning av klausulen här skulle leda till resultat som rimligen inte kan godtas." På samma sätt används termen i NJA 1983 s 232. HD anför: "Det har i målet inte visats föreligga några särskilda förhållanden i fråga om betesmarkens närmaste omgivningar, djurens farlighet eller andra sådana förutsättningar för betesgången som skulle kunna ge anledning att uppställa speciella krav på stängslets konstruktion och beskaffenhet."

²⁶ Se avsnitt 3.4.

Att termerna "visat/styrkt" på det beskrivna sättet används i olika betydelser utgör naturligtvis en olägenhet. Man kan av domskälen inte utläsa huruvida en viss utgång beror på bevisbedömning eller rättstillämpning. Har tex konkreta rättsfakta gjorts "sannolika", och domstolen sedan säger att culpa inte "visats", kan detta betyda att sannolikheten ansetts räcka, men att föreliggande fakta inte har den rättsliga betydelsen att skadeståndsskyldighet bör inträda; de "visar" i denna andra mening inte culpa. Men det kan också betyda att konkreta fakta skall "visas", dvs uppgå till beviskravet "visat", och att bevisningen i målet är otillräcklig. Vi kan emellertid inte avgöra om domstolen ansett att det brister i bevisningen eller på rättsfrågesidan. Den som vill överklaga domen famlar därmed i blindo. Även resningsreglerna kan bli problematiska att använda.

En radikal åtgärd för att komma tillrätta med problemet vore helt enkelt att utmönstra termerna "styrkt/visat" från sannolikhetskalan. Termerna ifråga är dock väl förankrade i det juridiska tänkandet och i juridisk nomenklatur. Ett försök till utmönstring skulle därför ha små möjligheter att vinna gehör.

Ett sätt att behålla termerna och samtidigt få besked om i vilken betydelse de används vore att dela upp domen i två avdelningar: Bevisbedömning och rättstillämpning. Så snart termerna användes under rubriken bevisbedömning vore därmed helt klart att ett beviskrav åsyftades. Användes de däremot under rubriken "rättstillämpning" vore lika klart att de användes i förbindelse med rättsfrågan. En sådan uppdelning av domen skulle även kunna ha den fördelen att rättens uppmärksamhet tydligare fästes på skillnaden mellan sak- och rättsfrågor. Därmed kunde undgås bl a att bevisbörderegler används på rättsfrågor. För den som vill överklaga domen vore också en sådan uppdelning värdefull, eftersom denne tydligt kan se på vilket sätt och med vilka argument domen bör angripas. Uppdelningen vore även till nytta för prejudikatbildningen. HD skall ju i princip pröva endast rättsfrågor, och genom uppdelningen skiljer man tydligt bevis- och rättstillämpningsfrågor från varandra.

En invändning är att det inte går att dra en bestämd gräns mellan fastställandet av fakta och subsumtion.²⁷ Faktum är emellertid att det

²⁷ Se härom avsnitt 10.3.2. Observera här att i sakfrågan (bevisbedömningen) kan ligga rättsfrågor vid ställningstagandet till beviskravet och att bevisvärderingen kan göras rättsnormerad. När det här talas om "rättstillämpning" avses den rättsliga värderingen av redan fastställda fakta. Det är i denna situation som termerna "visat/styrkt" i praxis används både vid fastställandet av fakta och den rättsliga värderingen av fakta.

i praktiken alltid sker en gränsdragning, även om nu denna ibland sker så att det ligger en rättslig värdering i fastställandet av fakta. Uppdelningen skulle visa oss hur denna distinktion sker i praktiken och en sådan kunskap vore dessutom av stort rättsvetenskapligt värde.

9.4 Lådan

Av vad som ovan anförts har bl a framgått att termerna ”visat/styrkt” ibland används i förbindelse med rättsföljden och i denna förbindelse används de på normer, vilka inte kan bevisas vara sanna eller falska. Vanligtvis används dock beviskravstermer på fakta, och vi skall nu närmare undersöka det juridiska sanningsbegreppet.

Antag att jag samlat spåren (bevisen) efter en händelse i en låda. Bevisen är till antalet 10. Antag vidare att man genom att ta del av samtliga bevis med fullständig säkerhet kan sluta sig till att händelsen inträffat. Du som sanningsfinnare vet emellertid inte att en fullständig undersökning gjorts, och inte heller vet du att lådan innehåller all bevisning. Du vet inte heller att antalet bevis i lådan är 10. Nu ger jag dig ett bevis, som du granskar. På grundval av detta bevis säger du kanske att sannolikheten för att händelsen inträffat är 0,8. Så ger jag dig ännu ett bevis. Detta bevis sänker enligt din mening sannolikheten till 0,2. Så får du ytterligare ett bevis. Nu menar du att sannolikheten för att händelsen inträffat är 0,5. Så fortsätter jag att ge dig bevis efter bevis, och hela tiden ändrar du sannolikheten. Först när du fått det sista beviset, och jag säger att lådan är tom, blir din bedömning slutgiltig.

Poängen i exemplet överförd på juridisk bevisvärdering är denna: När domaren skall ta ställning till om ett faktum bevisats vet han inte hur ordentlig utredning som gjorts och således inte hur mycket som finns kvar i ”lådan”. Det är mot denna bakgrund som vi skall diskutera det juridiska sanningsbegreppet.

9.4.1 Utredningens omfattning varierar

Omfattningen av det material som ligger till grund för bevisvärderingen varierar från måltyp till måltyp och beroende på om förfarandet är summariskt eller ej. Dessutom förekommer variationer inom varje målgrupp, men dessa bortser jag ifrån. Om utredningen är knapp, såsom tex vid summarisk process och vid användandet av straff- och civilprocessuella säkerhetsåtgärder, kan domaren med fog misstänka att han inte synat alla kort. Och vad gäller måltyp har rätten i indisposi-

tiva mål ett ansvar för utredningens fullständighet, medan i dispositiva mål ansvaret för utredningen vilar på parterna. Även om det är parterna som ansvarar för utredningen i de dispositiva målen innebär inte detta att den utredning som görs i dessa mål alltid är av mindre omfattning än i de indispositiva målen. Parterna är ju i regel själva intresserade av att skaffa fram ett ordentligt utredningsmaterial. Om emellertid utredningsmaterialet i ett dispositivt mål verkar bristfälligt får rätten inte komplettera detta, utan är skyldig att slita tvisten på grundval av det material som förebragts. Beträffande brottmål är utredningen mer omfattande i grova sådana än i lindriga.

Man kan göra en grov indelning av utredningens omfattning i relation till måltyp enligt följande:

1. *Knapp utredning*: Summarisk process, användning av civil- och straffprocessuella tvångsmedel, interimistiska beslut, lindriga brottmål, inhibition, tredskodom, utsöknings- och handräckningsmål.
2. *”Normal utredning”*: Ordinära brottmål, merparten av dispositiva och indispositiva mål.
3. *Fullständig utredning*: tex grova brottmål, statusprocesser och vissa skadeståndsmål.

Det skall påpekas att den utförda uppdelningen avviker från de krav som *officiellt* ställs på utredningens omfattning. Den tar i stället sikte på hur omfattande utredningen typiskt och faktiskt sett kan förmodas vara i olika fall. Officiellt skall ju utredningen i alla indispositiva mål vara *fullständig*, men det är ett faktum att den faktiskt är mera omfattande i tex grova brottmål än i ordinära sådana. Försöker man sig på en uppdelning allt efter utredningens *faktiska* omfattning — vilket jag gjort — blir gränserna flytande. Det väsentliga är emellertid att slå fast att utredningens omfattning *generellt sett* kan antas variera i huvudsak efter den angivna fördelningen.

9.4.2 Domaren försöker kika i ”lådan”

Domaren vet alltså inte hur mycket som finns kvar i ”lådan”, och är prövningen av summarisk karaktär, kan han med fog misstänka att han inte sett allt relevant bedömningsmaterial. Mot denna bakgrund kan man *försöksvis* pröva följande tes: Beviskraven måste tolkas och förstås mot bakgrund av bl a utredningens omfattning. Krävs inte fullständig utredning måste ställas lägre krav på bevisstyrkan än om fullständig utredning krävs. Härav följer då att tex sannolika skäl i summarisk process betecknar en lägre bevisstyrka än sannolika skäl i ett vanligt

dispositivt mål, och att sannolika skäl i ett indispositivt mål betecknar en högre bevisstyrka än sannolika skäl i dispositivt mål. En sådan uppfattning kan härledas från följande uttalande av Ekelöf:

”Av betydelse är också hur grundligt man *undersöker* de förhållanden, som rådde vid iakttagelsen. I början av undersökningen är bevisvärdet *lågt*, även om man funnit bara positiva hjälpfakta. Framkommer sedan negativa sådana, blir det ännu lägre, medan bevisvärdet förstärks, om man trots noggrann undersökning inte finner några negativa hjälpfakta. Och företar man inte någon undersökning alls, förblir bevisvärdet lika lågt som enligt den ovan berörda erfarenhetssatsen om hur riktiga våra iakttagelser är i allmänhet.”²⁸

Ekelöfs uttalande tar bara sikte på bedömningen av en vittnesutsaga, men a fortiori kan vi våga antagandet att han uttrycker en generell grundsats: Bevisvärdet är beroende av hur långt undersökningen drivs. Att jag vågar detta antagande beror på att det vore inkonsekvent om påståendet bara avsåg vittnesutsagor. Då nu summan av utredningen rörande varje enskilt bevis utgör totalsumman av utredningen rörande all bevisning, kommer även omvänt en presumtion rörande utredningens omfattning — inte bara för det enskilda beviset — utan också rörande utredningens generella omfång i det ifrågavarande målet, att bli ofrånkomlig. Som vi ser säger Ekelöf att bevisvärdet i början av undersökningen är lågt även om man bara funnit positiva hjälpfakta. Detta kan naturligtvis bero, inte bara på att uppkomstbetingelserna för det *aktuella vittnesmålet* är okända, utan även på att det kan finnas *andra bevis* som man inte känner till. Det kan ju tex finnas andra vittnen vilka skulle kunna vittna om hjälpfakta av betydelse för bedömningen av det aktuella vittnesmålet.

Observera vidare att Ekelöf talar om ”början av undersökningen”.

²⁸ Ekelöf: Rättegång IV s 22. Heuman: Reklamationsnämnder s 483 synes vara av samma uppfattning. Han säger nämligen att det kan finnas skäl för ARN (Allmänna reklamationsnämnden) att uppställa mindre långtgående beviskrav än domstolarna ”då nämnden tillförs utredning om sakförhållandena under typiskt sett mindre tillförlitliga former än domstol”. Lägg märke till att innebörden härav synes vara att den *typiskt* sett mindre tillförlitliga utredningen får genomslag på sannolikheten i det *individuella fallet* så att denna sjunker. Den minskade sannolikheten leder i sin tur till att beviskravet måste sänkas. Nog påminner detta om den legala bevesteorin, som ju knöt bevisvärdet till typiskt tillförlitliga tecken på existensen av fakta. Har möjligtvis den legala bevesteorin här — förklädd till en presumtion rörande utredningens omfattning och kvalitet — smugit sig in s a bakvägen? Även Bolding synes ha uppfattningen att utredningens omfattning påverkar beviskravet, se avsnitt 9.4.3 vid not 36, men detta stämmer inte med det temamedodiska synsätt som Bolding i övrigt förespråkar, se härom avsnitt 9.4.5.

Indirekt sägs därmed att utredningen av ett sakförhållande har en början och ett slut. Resonemanget är att man i början vet lite därför att utredningen är ofullständig, och att man i slutet vet mer därför att utredningen har gjorts så fullständig som man rimligtvis kan begära. Det problematiska här är hur man skall kunna avgöra när man är i början, mitten eller slutet av en undersökning som i slutändan tänkes vara fullständig. Vi kan naturligtvis aldrig veta något bestämt om detta, utan vi får — vilket jag tidigare sagt att värdeметoden gör²⁹ — laborera med antaganden om utredningens fullständighet.

Men tänk om antagandet rörande vad som kan antas vara början av utredningen är felaktigt; vi kanske befinner oss någonstans i mitten av ett utredningsförfarande där gränsvärdet i slutändan är absolut fullständighet. I så fall leder det felaktiga antagandet till ett för lågt bevisvärde; som vi sett säger ju nämligen Ekelöf att bevisvärdet i början av undersökningen blir lågt. Vidare kan man fundera över vad man skall utgå ifrån beträffande merparten av de mål som handläggs vid våra domstolar: Skall man utgå ifrån att utredningen är "normal" eller kanske rentav fullständig? Eller skall vi måhända alltid utgå ifrån att den är tämligen bristfällig?³⁰

Skälet till Ekelöfs uppfattning måste vara, att om utredningen är knapp, fakta och alternativhypoteser inte framkommer och blir belysta på ett allsidigt sätt. Den osäkerhet som härvid uppstår skulle enligt tesen återverka på bevisvärdet så att detta sjunker. Tesen måste uppfattas så, att domaren vid en utredning som antas vara knapp, gör ett schablonavdrag från bevisvärdet därför att han vet så lite och känner en sådan osäkerhet. Avdraget synes inte grunda sig på att något konkret faktum framkommit som väcker misstanke, utan bara på det förhållandet att domaren misstänker att han vet så lite. Av denna tes följer att det inte är möjligt att fylla ett högt beviskrav med knapp utredning, men att detta kan vara möjligt vid fullständig utredning. Vidare har antytts att om det krävs fullständig utredning, det utifrån utredningsmässiga skäl skulle vara befogat att uppställa höga beviskrav.

Jag vill, för att undvika missförstånd, påpeka att denna tes, som understöds av Ekelöf, är uppställd som ett förslag och att vi i det följande skall granska den närmare. Den synes nämligen kunna ha stöd i vissa motivuttalanden. Innan vi undersöker om så verkligen är fallet, vill jag erinra om den kritik som tidigare riktats mot värdeметoden.

²⁹ Se ovan avsnitt 4.5.3.

³⁰ Jfr avsnitt 4.5.4.1 samt nedan avsnitt 9.4.5.

Jag påstod där att värdemetoden byggde på att man skall göra antaganden om utredningens fullständighet och detta påstående har jag nu dokumenterat. Jag riktade även kritik mot uppfattningen att man bör göra antaganden rörande utredningens fullständighet och hänvisar här till vad som där sagts.³¹ I detta kapitel kommer jag emellertid så småningom tillbaka till denna fråga.

9.4.3 Några motivuttalanden av intresse

Enligt RB 35:3 är ett erkännande i dispositivt mål i princip bindande. Det har m a o karaktären av en disposition. I indispositiva mål där- emot, skall erkännandets riktighet prövas. I motiven kommenteras skillnaden på följande sätt:

”Det är uppenbart, att i mål om grovt brott, där kravet på *fullständig utredning* gör sig starkt gällande, den tilltalades erkännande icke kan läggas till grund för domen, med mindre det styrkes av andra omständigheter. I mål rörande mindre brott kan erkännandet där- emot utgöra tillräcklig bevisning.”³²

Ett annat uttalande av samma karaktär rör RB 35:4, enligt vilket stad- gande parts underlåtenhet att infinna sig vid rätten eller eljest fullgöra något i rättegången, eller att besvara för utredningen framställd fråga, kan ha bevisverkan. I motiven kommenteras stadgandet på bl a följande sätt:

Paragrafens bestämmelser ha, som framgår av det anförda, betydelse även i indispositiva tvistemål. Med hänsyn till domstolens skyldighet att i dylika mål sörja för *fullständig utredning* kan emellertid parts tredska icke i och för sig anses som fullt bevis, och domstolen måste över huvud taget iaktta *större försiktighet*, då den tillerkänner bevisverkan åt parts förhållande i rättegången.³³

Beträffande passivitet i dispositiva mål säger motiven:

”Särskilt då part vägrar att avgiva utsaga under sanningsförsäkran rörande omständighet som han måste känna till, eller då han trots upprepade viten underlåter att infinna sig, kan hans tredska tolkas som ett starkt bevis mot honom.”³⁴

³¹ Se avsnitt 4.5.4.

³² Motiven s 448 (min kurs).

³³ Motiven s 449 (min kurs).

³⁴ A a s 448.

Angående passivitet i brottmål sägs:

”Sålunda kan i mål om grövre brott hans utevaro icke i och för sig tillmätas någon egentlig bevisverkan.”³⁵

Lägg märke till hur betydelsen av passivitet graderats i uttalandena. I dispositiva mål kan den ha stark bevisverkan, i indispositiva mål skall den tolkas försiktigt, medan den i grova brottmål saknar egentlig bevisverkan. På ungefär motsvarande sätt förhåller det sig med erkännandet. Det anges ha större betydelse i lindriga än i grova brottmål. Av motivuttalandena kan man få den uppfattningen att bevisvärdet av erkännande och passivitet graderats i lagen. Det sägs emellertid inledningsvis i avslutning till uttalandena att dessa skall ses mot bakgrunden av regeln om fri bevisprövning. Avsikten är alltså inte att t ex passivitet skall ha ett lägre bevisvärde i indispositiva mål än i dispositiva. Likväl förefaller ju detta att bli konsekvensen av uttalandena.

Om det är så att bevisvärdet inte är reglerat i lagen beträffande dessa omständigheter, vad beror det då på att omständigheternas betydelse varierar? Ja, man skulle mycket väl kunna förstå uttalandena så, att vid krav på fullständig utredning beviskravet ligger högre än då ett sådant krav inte ställs och att passivitet på grund av detta förhållande får större betydelse i dispositiva mål. Värdet av passiviteten som bevis skulle alltså i och för sig vara precis detsamma i ett dispositivt som ett indispositivt mål, men skulle beviskravet vara lägre i dispositiva mål än i indispositiva får passivitet — generellt sett — större relativ betydelse i de dispositiva målen än i de indispositiva målen.³⁶ Jämför även uttalandet att ”större försiktighet” skall iakttas i de indispositiva målen. Med ett högt beviskrav är risken mindre för att avgörandet blir felaktigt och sålunda stämmer även detta uttalande in på att beviskravet skulle kunna vara lägre i de dispositiva målen.

Man skulle alltså med visst fog kunna förstå uttalandena så, att där fullständig utredning krävs ligger beviskravet högre än där knapp utredning krävs. Härav kan man dock inte direkt sluta till att man menat att ett högt beviskrav inte skulle vara *möjligt* att nå vid knapp utredning. Om emellertid förutsättningarna att nå ett högt beviskrav inte alls påverkas av utredningens omfattning verkar det egendomligt ifall beviskraven skulle variera beroende på om det krävs fullständig utredning eller ej. Det ligger sålunda nära till hands att anta att det inled-

³⁵ A a s 449.

³⁶ Så tolkas passivitetens betydelse i grova brottmål av Bolding, se avsnitt 3.6.6.

ningsvis angivna sambandet skulle existera.

Det vore emellertid överraskande om man i motiven menat att beviskravet skulle vara lägre i lindriga brottmål än i grövre sådana. En sådan uppfattning strider ju mot vad som i officiellt anses gälla, nämligen att beviskravet i brottmål ligger på en hög nivå oavsett brottets beskaffenhet.³⁷ Och jag tror inte heller att man menat detta i motivuttalandena. Skälet till att passivitet i brottmål behandlas så att det saknar egentlig bevisverkan sammanhänger nog inte alls med utredningens omfattning och beviskravets höjd, utan har att göra med grundsatsen att den tilltalades underlåtenhet att medverka till utredningen inte bör läggas honom till last. Det finns således ingen skyldighet för den tilltalade att hjälpa till med utredningen. Enligt min bedömning rör det sig här om en rättslig princip som satsar över och slår ut bevisverkan av passivitet. Denna princip är inte absolut, utan i vissa lägen torde passiviteten ha bevisverkan. Överhuvudtaget råder här en slags konflikt mellan RB 35:1 och grundsatsen att den tilltalades underlåtenhet att medverka till utredningen inte får läggas honom till last.³⁸

Passivitet i brottmål kan alltså inte förklaras efter det tänkbara schema som tidigare skisserats. Beträffande passivitet i dispositiva mål och indispositiva mål som inte utgör brottmål återstår dock den möjligheten att man ansett det skilja i beviskrav, liksom det verkar så beträffande erkännandet i lindriga brottmål. (Detta kan dock ha betraktats som en slags disposition.) Vi skall emellertid i det följande närmare undersöka om det verkliga kan antas förhålla sig på detta vis.

9.4.4 Påverkas sannolikheten av utredningens omfattning?

Det är nu dags att närmare granska den på försök uppställda tesen: Utredningens omfattning påverkar sannolikheten och därmed beviskravet. För att beviskravet skall vara lägre vid knapp utredning fordras att där i regel inte är möjligt att nå höga bevisvärden. Vi skall närmare undersöka om så kan vara förhållandet. Jag diskuterar frågan i anslut-

³⁷ Att rättsföljdens karaktär påverkar beviskravets höjd är emellertid allmänt antaget i doktrinen, se von Eyben s 40 och där anförd litteratur. I praxis sägs det emellanåt rent ut hur det förhåller sig härmed. Se tex NJA 1971 s 167 rörande THX-målet i Aneby och HR:ns bedömning: "Med hänsyn härtill och med beaktandet av vad som ovan sagts om laboratoriets yttrande d 7 febr 1966 anser HR:n, att rättsäkerheten kräver att större fordringar ställas på bevisningen, särskilt i ett fall med så vittgående följder för den tilltalade som i detta mål, där fängelsestraff yrkas."

³⁸ Se härom avsnitt 3.6.6.

ning till fingerade exempel. Först tar jag det fallet att beviset faktiskt finns tillgängligt i målet och att utredningen av betingelserna för ett erkännande resp en vittnesutsaga drivs mer eller mindre långt. Sedan vänder vi blicken mot bevis som domaren vet finns, men som inte förebringats och därifrån är inte steget långt till bevis som domaren inte alls känner till.

Antag att domaren framför sig har en person som i ett lindrigt brottmål säger: "Jag erkänner att jag ofredade fru X." Domaren kan nu stanna upp och säga: "Jaha, här har vi ett erkännande, då är ju saken klar." Detta är ungefär vad motiven säger att domaren kan nöja sig med. Domaren vet alltså — om han nöjer sig härmed — inte mer än att detta lakoniska erkännande avgetts. Detta erkännande har förekommit under huvudförhandlingen och skall beaktas vid bevisvärderingen. Men domaren vet naturligtvis — av erfarenhet — att en del erkännanden är oriktiga. En del erkänner för att de snabbt vill slippa den för dem obehagliga rättegången, andra erkänner för att de vill skydda någon, och åter andra för de har en drift att ta på sig andras skulder. Och somliga erkänner, men vet inte vad de erkänt. Det är tex olämpligt att låta ett erkännande omfatta en rättslig kvalificering, som "ofredande". Det är ju möjligt att det faktiska beteendet inte låter sig betecknas som "ofredande".

Av erfarenhet vet alltså domaren att ett erkännande inte alltid är riktigt, och han vet också av erfarenhet en del om varför ett erkännande kan vara riktigt. Domaren kan därför fråga ut den tilltalade om omständigheter av betydelse för bedömandet av om erkännandet är riktigt eller ej. Så länge domaren inte gjort detta måste han känna en viss osäkerhet. Men antag att han inga sådana frågor ställer, att han inte närmare utreder riktigheten av erkännandet. Vilket bevisvärde har erkännandet i så fall? Ja, det måste vara lika med frekvensen eller förhållandet mellan antalet riktiga resp oriktiga erkännanden under tex ett år. Sannolikheten är alltså lika med hur vanligt det i allmänhet är att erkännanden är riktiga. Förmodligen är de flesta erkännandena riktiga — säg att 9 av 10 är riktiga, ett icke orimligt antagande. I så fall blir ju erkännandets bevisvärde högt.

Om alltså domaren får ett högt bevisvärde om han inte undersöker riktigheten av ett erkännande, men börjar fråga ut den tilltalade, kan uppgifter komma fram som gör att domaren betvivlar riktigheten av erkännandet. Det kanske verkar troligt att den tilltalade vill skydda någon. Kanske denna uppgift leder till att sannolikheten sjunker till 0,5. Ytterligare utfrågningar kan också leda till att sannolikheten ökar

jämfört med vad som gäller enligt den allmänna frekvensen. Uppgifter kan ju framkomma som gör det ställt utom allt tvivel att erkännandet är riktigt. Men oavsett om sannolikheten sjunker eller stiger i förhållande till den allmänna frekvensen blir den genom utfrågningen *säkrare*. Jag återkommer snart till den sistnämnda termen.

Samma resonemang kan tillämpas vid bedömningen av vittnesutsagor. Antag att ett vittne säger: "Jag såg A på platsen P den 5/10." Antag nu vidare att inga fler frågor ställs till vittnet. I så fall blir sannolikheten lika med förhållandet mellan riktiga och oriktiga utsagor. I allmänhet är utsagor av vittnen riktiga. Ställs frågor till vittnet om det ser bra, hör bra, hade goda siktförhållanden sker detta för att kontrollera att utsagan stämmer. De uppgifter som därvid framkommer kan höja eller sänka sannolikheten i förhållande till vad som gäller enligt den allmänna frekvensen. På motsvarande sätt som beträffande erkännandet blir sannolikheten i båda fallen säkrare genom den utvidgade undersökningen.

Låt mig nu utvidga perspektivet. Antag att domaren i ett tvistemål vet att svaranden har ett vittne som skall försöka motbevisa det sakförhållande som kärandens vittne berättat om. När vittnet kommer in avlägger hon ed och segnar sedan död ner på golvet innan hon hunnit säga något. Svaranden gör gällande att om vittnet kunnat tala, kärandens påstående skulle ha motbevisats. Här fanns alltså viktigt utredningsmaterial, men domaren kan naturligtvis inte låta detta påverka hans bedömning av kärandens bevisning. Utsagan har ju inte förekommit under huvudförhandlingen. Och blotta möjligheten av att svarandens vittne skulle ha motbevisat kärandens påstående får inte inverka på bevisbedömningen. Ja, även om det är högst sannolikt att så skulle ha skett får någon hänsyn inte tas härtill. Det är alltså möjligt att en helt annan bevisbedömning skulle ha skett om svarandens vittne fått höras, men då detta inte hörts, och då något avdrag från kärandens bevisning inte får göras för blotta möjligheten av att en annan version är riktig, skall svarandens utredning i denna del inte beaktas.

Vad slutligen gäller sådana bevis som domaren överhuvudtaget inte känner till, kan sådana naturligtvis inte påverka sannolikhetsbedömningen. Som vi sett menar emellertid Ekelöf att man skall göra antaganden om utredningens fullständighet. Härvid hänvisar jag till vad som tidigare sagts samt till det följande avsnittet.

9.4.5 Informationsproblemet

Som exemplen ovan visar måste man förkasta den tes som på försök inledningsvis uppställdes. Utredningens omfattning påverkar inte — i varje fall inte om den är av någon omfattning — graden av sannolikhet och därmed inte heller beviskravet. På det *föreliggande materialet* — som kan vara knappt — kan en hög sannolikhet uppnås. Som framgick av föregående avsnitt blev ju sannolikheten hög även om vi endast beaktade en allmän frekvens rörande riktigheten av ett erkännande resp en vittnesutsaga. Detta medför dock inte att tex sannolika skäl skulle ha samma innebörd i summarisk process som i ordinär rättegång. Någon skillnad föreligger uppenbarligen i de fall beviskravet sannolika skäl uppfyllts med svag utredning jämfört med att det uppfyllts med omfattande utredning. Skillnaden är, som jag tidigare berört, att bedömningen blir av bättre kvalitet ju mer omsorgsfull utredning som gjorts. Det skulle alltså finnas ett samband mellan utredningens *kvantitet* och bedömningens *kvalitet*, medan däremot utredningens kvantitet inte i och för sig påverkar möjligheterna att ur *frekvensmässig* synpunkt nå ett högt bevisvärde och därmed ett högt beviskrav.

Den som först pekat på att sannolikhetsutsagor kan ha skiftande kvalitet är Keynes. Denne säger:

”As the relevant evidence at our disposal increases, the magnitude of the probability of the argument may either decrease or increase, according as the new knowledge strengthens the unfavourable or the favourable evidence; but *something* seems to have increased in either case, — we have a more substantial basis upon which to rest our conclusion. I express this by saying that an accession of new evidence increases the *weight* of an argument. New evidence will sometimes decrease the probability of an argument, but it will always increase its ‘weight’”.³⁹

Andra som gör den ifrågavarande distinktionen är Poisson⁴⁰ och Hansson.⁴¹ Den sistnämnde använder uttrycket ”robustness”. Med att ett

³⁹ Keynes s 77. Han säger vidare (s 82) att argumentens vikt inte kan förklaras i sannolikhetstermer; att sannolikhet och ”vikt” är två av varandra oberoende storheter.

⁴⁰ ”Weiss A alles, was B weiss, und darüber hinaus noch etwas mehr, so verfügt A über das aufgeklärte Urteil; und es wird vernünftig sein, seiner Auffassung zu folgen, wenn man zwischen einander entgegengesetzten Urteilen von A und B wählen muss, und zwar selbst dann, wenn diese Auffassung auf einer *geringeren Wahrscheinlichkeit* als derjenigen beruht, die B:s Auffassung motiviert, d.h. obwohl A weniger Grund hat, an seine eigene Auffassung zu glauben als B an die seine.” Efter Motch s 137.

⁴¹ Hansson s 94.

sannolikhetsomdöme är "robust" menar Hansson att det inte så lätt rubbas, vilket beror på att det grundar sig på noggranna undersökningar.

Inom sannolikhetsteorin har man alltsedan Keynes "upptäckte" distinktionen i allmänhet intagit ståndpunkten att vad vi kan kalla informationsproblemet inte kan angripas numeriskt och därmed inte fångas in i en kvantitativ sannolikhetskalkyl. En filosof som försökt göra detta är emellertid Cohen. Han försöker inlemma argumentens vikt i sin "inductive probability". Detta gör han — eller rättare sagt — försöker han att göra genom att införa begreppet "the ceteris paribus assumption" (under i övrigt lika förhållanden). Cohens resonemang är i korthet följande. Vi vet visserligen inte hur mycket information som i bedömningsskedet är relevant och som saknas i bedömningsunderlaget. Men, menar Cohen, vi kan på grundval av föreliggande fakta med säkerhet sluta oss till temats existens under antagandet att alla andra omständigheter i situationen är "normala". En följd av denna ståndpunkt är bl a att låga sannolikheter anses bero snarare på att det föreligger brist på relevant information än bevis som tyder på att bevisvärdet är lågt.⁴² Angående skillnaden mellan "inductive probability" och matematisk sannolikhet (d v s temametoden) säger Cohen vidare följande:

"A rather deep difference emerges here between the mathematical probability of propositions, on the one side, and their inductive probability, on the other. The function $PM(S,R)$ grades how favourable the evidence of R is to S , on the assumption *that R alone is to be considered*, irrespectively of how large or small a portion R manages to report of the *total relevant facts*. But $p_1(S,R)$ grades the actual extent of that portion of the total relevant facts which is one balance favourable to S and is what R reports."⁴³

Cohen menar således att rätten, när den värderar bevisningen, skall försöka göra en uppskattning av hur stor andel av det totala bevismaterialet det tillgängliga utgör och därvid även göra ett "normalitetsantagande". Bevisvärdet kommer sedan att variera beroende på vilket innehåll normalitetsantagandet får. Teorin innebär bl a att om värdet av ett bevisfaktum uppskattas till 0,8, vi bara är en liten bit från den absoluta vissheten. Värdet 0,8 är ju bestämt m h t att det *kan* finnas

⁴² Cohen s 212 ff.

⁴³ Cohen s 212 (min kurs). Jfr Cohen s 318: "It would be of very little valute to have some small quantity of information, on which rain was highly probable, if additional information might radically change the picture."

brist på relevant information och normalitetsantagandet graderar numeriskt betydelsen av denna (antagna) brist. Enligt temametoden däremot söker rätten bedöma temats sannolikhet på grundval av det presenterade materialet, och det presenterade materialet antas vidare utgöra det totala bevismaterialet. Att temats sannolikhet är 0,8 betyder då inte att vi är ett fjät från den absoluta vissheten, utan att vi på grundval av det presenterade beviset bedömer temats sannolikhet till 0,8. Då det presenterade materialet antas vara det totala följer vidare att vi som en logisk följd kan slå fast att temats osannolikhet är 0,2.⁴⁴

Cohen anser i likhet med Ekelöf att vi inget vet om temats osannolikhet.⁴⁵ Av det ovan citerade yttrandet av Ekelöf framgår vidare att denne också låter antaganden om utredningens fullständighet påverka bevisvärdet.

Värdeметoden och Cohens sannolikhetsbegrepp bygger således på samma grundtankar. Cohen benämner sitt sätt att resonera för "inductive probability" och samma etikett kan man sätta på värdeметoden. Huruvida värdeметoden inrymmer ett "normalitetsantagande" vågar jag emellertid inte uttala mig med fullständig säkerhet om. Jag tror emellertid att de uttalanden som Ekelöf gjort om undersökningens omfattning och detta "utredningsdjups" inverkan på sannolikheten i sak väsentligen överensstämmer med "the ceteris paribus assumption". I vart fall är det helt klart att "normalitetsantagandet" ifråga inrymmer en presumtion rörande utredningens fullständighet, men möjligtvis döljer det något mer, vilket inte kan återfinnas hos värdeметoden. Huruvida så är fallet spelar emellertid inte någon roll för relevansen av den kritik som här kommer att framställas och tidigare framställts mot värdeметoden. Likheter med Cohens "inductive probability" är tillräckliga för att metoderna i ifrågavarande hänseenden skall kunna jämföras.

Jag kan inte se, att Cohen, med införandet av "the ceteris paribus assumption", har löst informationsproblemet. I stället har han fått helt andra problem på halsen, vilka är ett symptom på att informationsproblemet inte kan lösas inom ramen för ett formellt sannolikhetsresonemang. Det är ju mycket svårt att göra en uppskattning av hur mycket och vad man inte vet. Och vad innebär det att en situation är "normal"; efter vilka kriterier skall detta bedömas? I själva verket in-

⁴⁴ Se avsnitt 4.5.3 samt Cohen a a s 216.

⁴⁵ Cohen a a s 208. Enligt Ekelöf: Rättegång IV s 29 not 64 har även Shafer denna uppfattning.

rymmer normalitetsantagandet olösliga problem och det leder dessutom till ett farligt godtycke vid bevisvärderingen. Den väsentligaste invändningen är emellertid att Cohens "inductive probability" inte står i överensstämmelse med den rättsliga grundsatsen att rätten skall döma enbart på processmaterialet. Jag återkommer snart härtill, men skall först kort beskriva de olika teoriernas betydelse för förståelsen av sannolikhet och beviskrav.

Utgår vi från temametoden kan inte bevisvärde och beviskrav relateras till en enhetlig sannolikhetsskala, utan sannolikheten kommer att relateras till processmaterialet i varje enskilt fall. Inom ramen för det befintliga materialet kommer nämligen sannolikheterna att vid varje tillfälle fördelas upp till 100 %. I tex summariskt förfarande kan BF 1 och BF 2 anses "styrka" ett faktum. I ordinär rättegång, där materialet är mer omfattande, kan samma faktum anses vara tex "antagligt", eller också "styrkt".⁴⁶ Är det fortfarande "styrkt" är emellertid denna bedömning säkrare eftersom sannolikhetsomdömet vilar på mer information.

Det finns således en sannolikhetsskala som beviskravet i varje enskilt fall kan jämföras mot. Den är enhetlig såtillvida att tex "styrkt" ur ren frekvenssynpunkt alltid betecknar ungefär samma styrka, men den är icke enhetlig ur den synpunkten att "styrkt" vid mer omfattande utredning betecknar en mer säker bedömning än vad "styrkt" betecknar vid knapp utredning. Av det anförda följer vidare att man aldrig direkt kan jämföra "styrkt" ens i två mål i ordinär rättegång och säga att båda avgörandena ligger lika långt från den materiella sanningen. Ty hur långt från denna sanning vi befinner oss kan vi aldrig veta.

Tittar vi nu på värdemetoden och Cohens "inductive probability", så lägger dessa metoder ut en enhetlig skala.

styrkt

0,8

Är utredningen knapp, som i summarisk process, anses det inte kunna ställas så stora fordringar på bevisningens styrka. Att utredningen antas vara bristfällig sänker s a s automatiskt bevisvärdet och därmed kan givetvis inte ett högt beviskrav uppnås. *Vid användandet av metoderna ifråga är s a s kvalitetsbedömningen inbakad i själva bevisvärde-*

⁴⁶ Jfr Nell s 205: "Jedes Wahrscheinlichkeitsurteil hat, da es auf unvollständiger Information beruht, vorläufigen Charakter. Hinzutretende Informationen verändern das Wahrscheinlichkeitsurteil". Se härom också avsnitt 4.5.3 och 4.5.4.1.

ringen. Vi får därmed en enhetlig skala. Bevisvärdet 0,8 betyder att vi är bara en liten bit från den materiella sanningen. Därmed är naturligtvis inte sagt att nya omständigheter inte skulle kunna förändra bevisvärdet enligt ett värdemetodiskt resonemang, utan att metoden förutsätter *en presumption rörande utredningens fullständighet*, vilken påverkar föreliggande faktas bevisvärde. Vid temametoden däremot görs ingen sådan presumption utan det presenterade materialet antas utgöra det totala bevismaterialet.⁴⁷

Jag har tidigare skarpt kritiserat värdemetodens sanningsbegrepp.⁴⁸ I det följande skall jag komplettera kritiken med ytterligare ett par invändningar. Som vi sett menar Cohen att låga sannolikheter snarare beror på att det föreligger brist på information än bevis som tyder på att bevisvärdet är lågt. En följd av Cohens ståndpunkt synes nu bli den, att ett presenterat bevisfaktum, vilket antyder att sannolikheten är hög, kan fränkännas sin betydelse om rätten i det konkreta fallet ger "the ceteris paribus assumption" det innehållet att situationen i övrigt, d v s det man inte vet, är onormalt. Hos värdemetoden har detta sin motsvarighet i ett antagande att utredningen i något avseende är bristfällig. Sådana antaganden står emellertid definitivt inte i överensstämmelse med RB 35:1. Blotta aningar, vilka saknar konkret stöd i det presenterade materialet, får inte påverka bevisvärderingen, liksom inte heller kunskap om ett konkret bevisfaktum, vilket inte presenterats i rättegången, får utöva något inflytande. Ett sådant förfarande står heller inte i överensstämmelse med förhandlingsprincipen.⁴⁹ I dispositiva mål ansvarar parterna för utredningen, och rätten får i princip inte döma på några andra bevis än de som införts i målet. Part vill kanske fö av någon anledning inte införa ett bevis. Därmed kan rätten inte anses ha befogenhet att laborera med presumptioner om hur fullständig utredningen är. Bevisvärderingen blir också med nödvändighet skev när förfarandet tillåter parterna att erkänna och vitsorda utan att sanningen utreds, samtidigt som rätten beträffande andra punkter över huvudet på parterna till varje pris söker fastställa den verkliga sanningen.

Som exempel på en diskussion där sambandet mellan utredningens omfattning och bevisningens styrka dykt upp, är dep chefens och lagrådets uttalanden angående beviskravet i UB 4:17. Regeln ifråga säger

⁴⁷ Se också avsnitt 4.5.4.1

⁴⁸ Se avsnitt 4.5.3 och 4.5.4.

⁴⁹ Se härom också avsnitt 4.5.4.4.

att lös egendom får utmätas om det framgår att egendomen tillhör gäldenären, eller om han enligt §§ 18 eller 19 skall anses vara ägare. Ordalagen i förening med vissa uttalanden i motiven gav enligt lagrådets mening intryck av att ett mindre mått av bevisning erfordras än vad som vanligen gäller. Enligt lagrådet borde vanliga bevisregler gälla. Beviskravet borde vara "styrkt". En annan sak var, framhöll lagrådet, att prövningen på grund av utmätningens förklarandets summariska karaktär måste grundas på en utredning som inte kan vara lika omfattande som i en rättgång. Lagrådet föreslog att regeln skulle utformas så, att utmätning får ske av egendom till vilken gäldenären "enligt vad som framgår i målet" är ägare till.⁵⁰ Häremot invände dep chefen att det är fråga om summarisk utredning, och att kraven på bevisning måste ställa sig annorlunda än i rättegång.⁵¹

Dep chefen har intagit den av mig kritiserade uppfattningen att beviskravet måste sänkas om utredningen är knapp. Enligt min mening uttrycker lagrådet den ståndpunkt som är den riktiga, nämligen att bevisningen måste bedömas på grundval av vad som förekommit i målet, och att det inte finns något hinder mot att man med knapp utredning kan tillfredsställa ett högt beviskrav.⁵² Men, som sagt, även om ett högt beviskrav uppfyllts betyder detta inte att avgörandet är säkert.

Av det anförda har framgått, att ju mer omfattande utredningen görs, desto större möjligheter finns det att närma sig den materiella sanningen, och att ju knappare utredningen är, desto mer osäker blir man beträffande frågan om sanningen i målet överensstämmer med verklig sanning. När vi nu mot denna bakgrund återigen läser motivuttalandena rörande passivitet och erkännande, bör vi tolka dessa så, att det inte avsetts att det skall råda någon skillnad i beviskrav mellan dispositiva och indispositiva mål, utan att bedömningen bör vara säkrare i den sistnämnda typen av mål.

Som framgått är distinktionen mellan att något är säkert och sannolikt av största betydelse. I ett brottmål räcker det inte att det på grundval av utredningen framstår som "uppenbart" att den tilltalade är skyldig. Detta beviskrav måste också grundas på en omsorgsfull ut-

⁵⁰ Prop 1980/81:8 s 1100.

⁵¹ A a s 1209.

⁵² Jfr numera rättsfallet NJA 1983 s 436. HD säger här bl: "Att i utskökningsmål utredningen inte blir så fullständig och de faktiska omständigheterna ej så allsidigt belysta som i tvistemål kan föranleda vissa modifikation i kraven på utredning men utgör ej anledning att frågå principen att det åvilar sökanden i utskökningsmålet att styrka gäldenärens rätt till lös egendom för att utmätning skall få ske" (min kurs).

redning. Det måste sålunda vara både uppenbart och säkert att personen är skyldig. Det är ju ingen konst att lägga fram viss bevisning på rättsens bord, vilken tyder på att en tilltalad är skyldig. Rättssäkerhetsaspekten ligger här inte bara i att domaren iakttar ett högt beviskrav, utan lika mycket i att de personer som bedriver utredningen fullgör denna fullständigt och på ett opartiskt sätt. Och man kan ställa frågan om det inte vore önskvärt i en valsituation att i stället välja det sannolikhetsomdöme som verkar säkert, men blott är "sannolikt", i stället för det som är "uppenbart", men som verkar osäkert.⁵³

Såvitt gäller brottmål kan det tyckas som om värdemetoden är att föredra eftersom den relaterar bevisvärde till absolut visshet; ingen som är oskyldig bör ju dömas skyldig. Vi skall dock beakta att utredningen i brottmål — åtminstone om det rör sig om grövre brottmål — är mycket omfattande. Så även om vi bedömer temats sannolikhet på grundval av det presenterade materialet under antagande att detta är det fullständiga materialet, torde vi ligga i närheten av den absoluta sanningen. Jag vill också hävda att Cohens ståndpunkt rörande "the ceteris paribus assumption" kan leda till, att även om bevisningen för att den tilltalade är oskyldig verkar stark, ett antagande om icke normalitet i det förevarande fallet kan leda till att det presenterade beviset frångår sitt värde. Normalitetsantagandet leder därför till en godtycklighet vid bedömningen som kan vara farlig för den tilltalade. På motsvarande sätt förhåller det sig om man vid ett värdemetodiskt resonemang antar att man är i början av undersökningen och av denna anledning ger ett bevis till förmån för den tilltalade ett lågt bevisvärde.

⁵³ Ibland är utredningen av mycket stor omfattning utan att likväl någon klarhet kan nås. I ett skadetåndsmål (NJA 1982 s 421) mot en läkemedelstillverkare, i vilket skadestånd yrkades under påstående av att ett kontrastmedel givit upphov till skada, bedömde HD frågan om orsakssamband mellan kontrastmedlet och skadan. HD konkluderade: "Trots allt som gjorts för att skapa klarhet och trots den omsorg och skicklighet varmed de sakkunniga fullgjort sitt uppdrag nödgas man på anförda skäl konstatera att utredningen inte ger tillräcklig vägledning vid bedömningen och vägningen av de sannolika skadeorsakerna sinsemellan. Kontrastmedlet kan därför inte anses klart mer sannolikt såsom skadeorsak än annan tänkbar förklaring som givits i målet. Verner H:s och medparterers talan kan följaktligen inte vinna bifall." Den bedömning som HD här gjort är säker i den meningen att den inte så lätt rubbas. Däremot har inte tillräckligt hög grad av sannolikhet uppnåtts. Man kan emellertid ställa ifråga om inte beviskravet bör kunna sänkas när bedömningen vilar på en mycket omsorgsfull utredning även om inte sannolikhetsgraden når upp till beviskravet "styrkt" eller vilket beviskrav som nu än må gälla. En dom som vilar på en omsorgsfull utredning men där tex sannolikhetsgraden "styrkt" inte uppnåtts är nämligen minst lika tillförlitlig, om inte mer tillförlitlig, än en dom som vilar på ganska knapp utredning men där beviskravet uppfyllts.

9.5 Det funktionella sanningsbegreppet

Den åtskillnad som brukar göras mellan en materiellt och formellt riktig dom skulle, mot bakgrund av vad som ovan anförts, kunna anses vara beroende av om det krävs fullständig utredning eller ej. I så fall skulle en dom i ett dispositivt mål komma att betecknas som formellt riktig, och en dom i ett indispositivt mål som materiellt riktig. Då vi sällan kan säga något om hur långt ifrån den verkliga sanningen en viss dom ligger blir emellertid en sådan klassificering meningslös. På det angivna sättet brukar inte heller begreppen ifråga användas. I stället sägs ofta att processreglerna är sådana att en viss sorts sanning *eftersträvas*. Härvid anknyts då till om förfarandet är präglad av förhandlings- eller officialprincipen. I det förra fallet, dvs i de dispositiva målen, eftersträvas inte materiell sanning, utan man nöjer sig med formell sanning. Vanligen hänvisas då bla till parts möjlighet att medge och erkänna utan att rätten undersöker sakförhållandet. I de fall målet är indispositivt kan rätten däremot ex officio föranstalta om ytterligare utredning, och den är vidare inte heller bunden av parts dispositioner. Detta tyder då på att materiell sanning eftersträvas. På det angivna sättet kommer begreppen formell och materiell sanning inte att åsyfta egenskaper hos enskilda domar utan *den sanning som eftersträvas med olika processprinciper*.⁵⁴

I stället för att använda begreppen formell och materiell sanning kan man, som Rödig, betrakta det juridiska sanningsbegreppet som funktionellt. Rödig säger att rätten tjänar mänskliga intressen vilka går att värdera och att därför värdet av en materiellt riktig dom går att värdera. Enligt Rödig finns det två element i det juridiska sanningsbegreppet. Det första kallar han *kommensurabilitetsprincipen*. Härmed menas att den sanna domen tjänar mänskliga intressen och att den på denna grund är jämförbar med värdet av dessa intressen.⁵⁵ Det andra elementet består i att jämföra värdet av en sann dom med den *uppooffring* och *kostnad* som det innebär att försöka skaffa fullständig visshet.⁵⁶ Genom ytterligare utredning kan domen föras närmare sanningen, men frågan är om det är värt detta. Ytterligare utredning kostar tid och pengar,

⁵⁴ På detta sätt används begreppen ifråga av t ex Radbruch: Einführung s 190 f och Henkel: Strafprozessrecht s 100 ff. Angående begreppen formell och materiell sanning, se också Bolding: Den felaktiga domen, i SvJT 1965 s 465-475.

⁵⁵ Rödig s 160.

⁵⁶ A st.

och det finns en "smärtgräns" vid vilken man nödgas konstatera att det inte är värt att söka föra domen närmare sanningen. Var smärtgränsen går beror på vilka regler det är frågan om.⁵⁷ Större möda bör läggas ned på utredningen om en person är tilltalad för mord än om den tilltalade är anklagad för ett lindrigt brott.⁵⁸

Enligt min mening har det funktionella sanningsbegreppet stora förtjänster. Det är ju inte med verkligheten överensstämmande att påstå att rätten i alla indispositiva mål alltid och till varje pris eftersträvar den materiella sanningen. Det föreligger härvidlag en skillnad mellan tex lindriga och grova brottmål. Vidare torde utredningen i många dispositiva mål vara mer omfattande än tex utredningen i lindriga brottmål. Att rätten i lindriga brottmål inte grundar domen på ett lika omfattande material som i grova brottmål betyder emellertid, som framgått, inte på att den där nöjer sig med ett lägre beviskrav. Däremot blir bedömningen inte lika säker som i ett grovt brottmål.

Begreppen "formell" resp "materiell" sanning bör emellertid enligt min mening inte utmönstras ur den juridiska begreppsarsenalen. Beteckningarna är användbara och svåra att undvara, även om sanningsökandet i process i viss mening alltid är funktionellt. Vi kan tex i vissa fall konstatera att en dom inte överensstämmer med verkliga förhållanden och i sådana fall är domen materiellt oriktig. En annan sak är att vi sällan kan konstatera huruvida en dom överensstämmer med verkliga förhållanden eller ej och att den därför i regel inte kan betecknas annat än som funktionellt riktig.

Dom vid utevaro (tredskodom) kan vidare lämpligen betecknas som formellt riktig. Att kalla en sådan dom för funktionellt riktig är missvisande, eftersom någon utredning av sakförhållandena överhuvudtaget inte görs. Av samma anledning är benämningen "materiellt riktig dom" inte tillämplig i detta sammanhang.

Sammanfattningsvis kan man säga att termerna "materiell", "formell" och "funktionell" sanning samtliga är användbara och att de således inte alls utesluter varandra. Termerna kompletterar i stället varandra och uttrycker olika saker.

⁵⁷ A st.

⁵⁸ A st. Till det funktionella sanningsbegreppet ansluter sig också Sauer: System s 200 ff, Greger s 36 och Motsch s 247. Det kan här omnämnas att Kallenberg I s 19 f anser processens mål — även i dispositiva mål — vara att utforska den verkliga sanningen.

9.6 Sammanfattning

I detta kapitel har jag behandlat det juridiska sanningsbegreppet. Inledningsvis har jag beskrivit sannolikhetsskalan och därvid påpekat att den är missvisande såtillvida att den ger intryck av att vi, om ett högt beviskrav uppfyllts, ligger nära den faktiska sanningen. Att detta är missvisande beror på att rätten alltid bedömer bevisningen på grundval av det material som införts i målet. Väsentlig information kan därvid undandragits rättens kännedom eller på annat sätt inte kommit fram. En fullständig utredning skulle därmed kunna visa att vad som antagits vara tex "uppenbart" i själva verket bara är "antagligt" eller rentav falskt.

Jag har därefter närmare analyserat termerna "styrkt" och "visat". Dessa termer uppfattas vanligtvis som hänvisande till sannolikhetsskalan. De är därmed kopplade till teoretiska skäl att tro något rörande ett påstående. Den analys som utförts har visat på mångtydigheten hos termerna ifråga. De används i praxis även när rättsfakta fastställts och anknyter då till rättsföljden, m a o till normer, vilka inte kan vara sanna eller falska. Det har därvid framgått att termerna uttrycker att fakta saknar erforderlig rättslig tyngd och att det föreligger en brist på rättsligt relevanta fakta.

Härefter har det juridiska sanningsbegreppet analyserats. Jag har här gjort en distinktion mellan vad som ur frekvensmässig synpunkt kan betraktas som sannolikt på grundval av ett visst material, och ett sannolikhetsomdöme som är säkert i den meningen att det inte så lätt rubbas. Jag har sagt att en hög sannolikhetsgrad kan uppnås, även på en bristfällig eller knapp utredning men att man kan misstänka att sannolikhetsomdömet skulle få revideras om utredningsmaterialet utvidgades. Det föreligger således, har det sagts, ett samband mellan utredningens kvantitet och sannolikhetsomdömet kvalitets, medan däremot sannolikhetens höjd inte påverkas av utredningsmaterialets kvantitet.

I detta sammanhang har jag kritiserat Cohens sätt att lösa vad som kallats "informationsproblemet". Han menar att man vid bevisvärderingen skall göra ett antagande rörande utredningens fullständighet, vilket inryms under vad han kallar "normalitetsantagandet". Jag har hävdats att sådana antaganden är mycket svåra att göra, att kriterier krävs på vad som är en "normal" situation, att sådana antaganden varken står i överensstämmelse med RB 35:1 eller förhandlingsprincipen, samt att de leder till en farlig godtycklighet vid bevisvärderingen. Den anförda kritiken har också drabbat värdemetoden eftersom den

bygger på samma grundtankar som Cohens "inductive probability".

Avslutningsvis har jag beskrivit Rödigs funktionella sanningsbegrepp, vilket innebär att värdet av en sann dom alltid måste ställas i relation dels till värdet av en sådan dom och dels till vad de kostar att föra utredningen så långt att man kan närma sig den materiella sanningen. Jag har menat att det funktionella sanningsbegreppet har stora förtjänster, men att begreppen "formell" resp "materiell" sanning är svåra att undvara och att de behövs för att beskriva domar av olika slag.

10 Gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga

10.1 Inledning

Jag har tidigare i framställningen behandlat bevis- och rättsfrågor i olika sammanhang och skall nu närmare behandla själva gränsdragningsfrågan, d v s frågan om man kan skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. Framställningen vilar uteslutande på tysk doktrin och anledningen härtill är att det i denna har skrivits mycket om gränsdragningsfrågorna samt att det där finns en utvecklad teoribildning, vilket saknas i t ex engelsk rätt. Jag inleder med att behandla den praktiska slutledningen, bl a för att visa var sak- resp rättsfråga kan placeras i denna. Härfter kommer själva gränsdragningsproblemet att beskrivas. Jag kommer därvid, vid denna mer allmänna beskrivning, inte att gå in på så många enskildheter. I nästa kapitel kommer jag sedan att analysera några rättsfall, dels med avseende på gränsen mellan sak- och rättsfråga, dels med avseende på en del följdfrågor som är knutna till distinktionen; bevis- och rättsfakta, bevisbörd, åberopande m m.

10.2 Den praktiska slutledningen

Som utgångspunkt för framställningen kan det vara lämpligt att ta det tankeschema som domaren kan använda när han fastställer rättsföljden. Den slutledning som domaren gör brukar kallas praktisk och vi skall titta på vilka element en sådan slutledning innehåller. Hos Strömberg finner vi ett exempel på följande syllogism:

”Den som olovligen jagar på annans jaktområde dömes för olovlig jakt till dagsböter.

Pål jagade den 1 oktober utan lov på Pers jaktområde.

Pål skall dömas till dagsböter.”¹

¹ Strömberg s 177.

Denna slutledning kan formaliseras på följande sätt:

Om A så B (översats)
Här A (undersats)
För A gäller B (slutsats)²

I denna slutledning har vi en översats som utgörs av rättssatsen, en undersats vilken fastställer ett faktum, samt en slutsats vilken uttalar en rättsföljd. Slutsatsen i slutledningen möjliggörs av att vi i över- och undersats har en täckande medelterm "A".³ Begreppet "olovlig jakt" förekommer ju som vi ser både i över- och undersats. Om vi ersatte detta begrepp i undersatsen med tex begreppet "skidåkning", skulle slutsatsen inte vara möjlig att erhålla.⁴

Slutsatsen att Pål skall dömas till dagsböter är dock inte bindande. Detta beror på att översatsen och slutsatsen utgör normer, vilka inte kan vara sanna eller falska.⁵ Strömberg säger också följande om den ovanstående syllogismen: "Om man betraktar denna syllogism, ser man, att endast undersatsen är teoretisk, att endast denna är antingen sann eller osann".⁶

Då nu bevistemat skall utgöras av ett påstående, m a o då det skall vara teoretiskt, ligger det nära till hands att tro att bevistemat finns direkt uttryckt i undersatsen. Så är dock inte fallet. Själva subsumtionsproblematiken ligger i stället i *fastställandet av undersatsen*. Den som framför allt fäst uppmärksamheten härpå är Engisch. Vid subsumtionen bör man enligt Engisch särskilt hålla tre olika element:

1. Föreställningen av det konkreta sakförhållandet.
2. Fastställandet av detta sakförhållande.
3. Värderingen av sakförhållandet som ett sådant som motsvarar försatsen i rättsregeln.⁷

Det tredje momentet innehåller enligt Engisch den egentliga subsumtionen. Beträffande de olika momenten är fö följande att märka. Det förhållandet att domaren enligt moment 1 i sin fantasi föreställer sig

² Jfr Larenz s 256 som använder uttrycket "Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung". Den syllogistiska figuren i exemplet kallas "modus ponens". Vi ser att medeltermen A finns i premisserna och att den saknas i slutsatsen, se härom Ekman s 69 f. Den andra syllogistiska figuren kallas "modus barbara"; M är P, S är M, S är P.

³ Henke s 96.

⁴ Jfr Henke a st.

⁵ Se avsnitt 1.4 vid not 96.

⁶ Strömberg s 177.

⁷ Engisch: Logische s 19.

sakförhållandet innan fakta fastställs hänger samman med att anspråk måste vara rättsligt grundade.⁸ Vidare utgår rätten från rättsreglerna när den väljer ut relevanta fakta i händelseförloppet och låter dessa bli till föremål för bevisning. Om denna växelverkan har talats tidigare.⁹ Denna skiktning och sovring av processmaterialet är emellertid endast *hypotetisk* och *förberedande* och den går logiskt sett före fastställandet av fakta.¹⁰ Denna förberedande verksamhet hindrar inte — enligt det logiskt begreppsliga kriteriet — att man sedan kan skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion.

Något som verkar egendomligt i Engisch schema är emellertid den värdering av fakta som sker efter fastställandet. Man kan som Koch mena, att en värdering av fakta på detta stadium saknar mening; det finns inte längre plats för en sådan.¹¹ Subsumtionen skulle i så fall komma före fastställandet. Engisch förklarar inte varför en värdering i detta läge skall ske, men man kan väl anta att han utgår ifrån det som nämnts ovan, nämligen att fakta fastställs efter en grovsällning och att det sedan sker en mer noggrann prövning på ett andra stadium.¹² I praktiken torde det också stundom tillgå på detta sätt. Rätten tar inte alltid på förhand ställning till relevansen av alla fakta som fastställs. Dessutom fastställs ju fakta ibland utan att någon bevisande verksamhet förekommit, och det är rimligt att förmoda att rätten vid den andra prövningen kan konstatera att ett fastställt faktum saknar rättslig relevans.

Att problematiken ligger i fastställandet av undersatsen förstår vi om vi tänker oss att Pål t ex plockat fågelägg på Pers jaktområde. Det är ju inte självklart att äggplockning skall betraktas som "jakt". För att kunna avgöra detta måste domaren *tolka* rättsbegreppet "jakt".¹³

⁸ A st.

⁹ Se ovan avsnitt 1.4.

¹⁰ Engisch a a s 85 och Henke s 175.

¹¹ Koch s 52.

¹² Jfr Strömholm: Rättstillämpning s 42: "Det finns sås behov av en självständig prövning ex post även av fakta, som fått bli föremål för prövning." Det kan säkert också vara så, vilket framgår av texten, att rätten inte alls prövat faktumet utan det har sås hittats vid överläggning till dom. Detta innebär naturligtvis inte att RB 35:7 blir överflödig. Ibland och särskilt i enkla fall, kan det på ett tidigt stadium vara uppenbart att ett faktum saknar rättslig relevans. Vidare kan ju bevisning avisas därför att det redan finns tillräcklig bevisning för ett rättsfaktum.

¹³ Införandet av fakta under enskilda rekvisit kallar Schneider: Logik s 159 för "Einzelbegriffssubsumtion", medan subsumtion under hela rättssatsen s 305 kallas för "Gesamtsubsumtion".

Om domaren anser att äggplockning är "jakt" har han preciserat begreppet ifråga genom tolkning. Frågan om äggplockning är att betrakta som "jakt" är utan tvekan en rättsfråga. Bevisfrågan är om Pål verkligen plockat fågelägg på Pers jaktområde och att detta inträffat kan rätten få kunskap om tex genom utsagor av vittnen (det kan påpekas att även begreppet "jaktområde" kan vara i behov av precisering). I fastställandet av undersatsen sammanfaller således bevisvärdering och rättstillämpning.

Det hör väl till ovanligheten att domaren mekaniskt kan subsumera enligt det logiska schemat utan att behöva precisera begreppen genom tolkning. Det är ju vanligt, särskilt numera, att rekvisit är obestämda. Sådana rekvisit som "vårdslöshet", "obilligt", "oskäligt" etc har inte en bestämd betydelse och de kan därför inte inordnas i den syllogistiska figuren så att rättsföljden automatiskt utfaller. Antag sålunda att vi ska tillämpa rekvisitet "vårdslöshet" och försöker använda den enkla syllogistiska figuren på en slutledning innehållande detta rekvisit:

Den som är vårdslös skall ersätta skadan
A har varit vårdslös
Alltså skall A ersätta skadan

Rekvisitet "vårdslöshet" är så obestämt, att vi utan vidare kan se att det måste preciseras. Vi måste få veta vad som hänt i det föreliggande fallet och i fastställandet av att "A har varit vårdslös" ingår därför dels en precisering av rekvisitet (genom tolkning) mot vissa konkreta fakta, och dels ett konstaterande av att dessa fakta föreligger. Vi kan sålunda inte säga att undersatsen är teoretisk i det skick den är.¹⁴

Av den anförda har bl a framgått att vi bör skilja mellan den juridiska översatsen i betydelse av rekvisit i lagen och den av *rätten uppställda juridiska översatsen*.¹⁵ Den senare utgör resultatet av en tolkning, och i denna *deklarerar* rätten vilken innebörd rekvisitet har.¹⁶ I det tidigare nämnda exemplet utgör således satsen "äggplockning är olaga jakt" den av rätten uppställda översatsen. Undersatsen är satsen att Pål ploc-

¹⁴ Jfr Mannheim s 40: "... dieser den juristischen Tatbestand bereits vollständig wiedergebende Untersatz ist jedenfalls nicht mehr rein faktischen Inhalts". Se härom också Kuchinke s 62.

¹⁵ Se härom Henke s 96 och Schneider: Logik s 282.

¹⁶ Rödig s 165.

kat fågelägg på Pers jaktområde.¹⁷ För att om möjligt frigöra rena bevisvärderingsfrågor från rättstillämpningsfrågor är det således viktigt att försöka skilja mellan fastställandet av det *abstrakta rättsfaktumet*, vilket i den enkla syllogistiska figuren finns upprepat i undersatsen, och fastställandet av konkreta fakta. När vi gör en sådan delning kommer vi att få en ny juridisk översats, nämligen den av rätten preciserade rättsatsen och i denna sats återfinner vi bevistemat.

Angående begreppet subsumtion skall vidare påpekas, att subsumtion i egentlig mening kan det endast vara frågan om när ett *begrepp underordnas ett begrepp*. Och det subsumerade begreppet skall vidare vara av mindre omfång än det begrepp som det subsumeras under. Vidare förutsätts att båda begreppen definierats så, att det kan konstateras att samtliga kännetecken hos det högre begreppet återfinns hos det mindre begreppet, vilket dessutom måste ha minst ett ytterligare kännetecken (*differentia specia*)¹⁸, tex kan begreppet "häst" subsumeras under begreppet "däggdjur". Av det anförda följer nu bla att fakta egentligen inte kan subsumeras under begrepp; ett faktum är ju egentligen inget begrepp. Ett faktum måste emellertid *tänkas såsom ett begrepp*, då det i annat fall inte kan erkännas som ett faktum. Betraktar vi inte fakta som begrepp kan således inte någon jämförelse ske med begreppet i rättsatsen, varvid subsumtion inte blir möjlig.¹⁹

Även om inget hinder möter mot att vid subsumtionen i stället för fakta tala om tex "individualbegrepp",²⁰ är det dock fortfarande så,

¹⁷ Ekelöf säger i TFR 1945 s 214 f att satsen "Här föreligger en försträckning" är teoretisk, medan satsen "betalning skall ske på förfallodagen" är praktisk. Att den sistnämnda satsen är praktisk är väl odiskutabelt. Vad däremot gäller satsen "Här föreligger en försträckning", så är den teoretisk endast om den uppfattas som *beskrivande* innehållet i gällande rätt. Satsen kan nämligen, precis som rättsföljdssatsen, uppfattas som ett imperativ: Om fakta a, b och c föreligger så *skall* rätten anse en "försträckning" föreligga. Det är ju normer som knyter den rättsliga kvalifikationen "försträckning" till konkreta fakta a, b och c och fastställandet av att en "försträckning" föreligger kan därför, på motsvarande sätt som när det gäller rättsföljden, uppfattas som en praktisk konklusion. Nämnas kan här att Ross: Imperatives s 71 menar att undersatsen aldrig kan verifieras p g a att lagens språkbruk är för vagt. Här synes inte Ross skilja mellan översatsen i lagen och den av domaren uppställda översatsen; den senare kan väl vara väl så preciserad. För övrigt kan lagen använda sig av rekvisit som hänvisar till exakt bestämda storheter, t ex kilo, meter, längd, vikt etc. I sådana fall föreligger inga problem med verifikationsmöjligheterna.

¹⁸ Larenz s 258 f.

¹⁹ Se Engisch; Einführung s 56.

²⁰ Schneider: Logik s 23.

att subsumtion i egentlig mening kräver att begreppen är fullständigt definierade. Larenz talar i detta sammanhang om "Begriff" och "Typus", och han menar att det rör sig om subsumtion vid användandet av bestämda rekvisit, men om "wertende Zuordnung" vid användandet av typbegrepp, beroende på att dessa inte kan fullständigt definieras.²¹ Då rätten i många fall preciserar rättssatser genom tolkning och dessa rättssatser blir vägledande för framtida bedömningar (jag tänker här närmast på HD:s verksamhet) ter det sig missvisande att använda begreppet subsumtion. Det enskilda fallet har inte subsumerats under en regel, utan vi har snarare fått en ny mer speciell regel.²² Begreppet subsumtion är emellertid vedertaget och jag tänker använda det i fortsättningen. Vi skall emellertid då ha klart för oss att konkretiseringen av en norm i själva verket sker genom tolkning och inte genom subsumtion och att begreppet subsumtion då används även för att beteckna denna *rättsskapande* verksamhet.

Hur konstruktion av normer kan tillgå kommer jag att ge exempel på senare i framställningen. Här skall vidare endast följande sägas. Engisch skiljer mellan *subordination* och *subsumtion*.²³ Med subordination menar han att en rättssats tolkas och preciseras i riktning mot olika *fallgrupper*. Subsumtionen hänför sig sedan till inordnandet av ett konkret fall under en sådan fallgrupp.²⁴

Skillnaden mellan subordination och subsumtion kan göras mer begriplig om vi tittar på t ex förarbetena till § 36 AvtL. Som exempel på fall där ett avtal kan jämkas med stöd av lagen nämns klausuler som innebär att en köpare är bunden vid anbud under obegränsad tid samtidigt som säljaren har full frihet att bestämma om han vill anta anbudet eller ej, prisklausuler som lägger i ena partens hand att ensidigt avgöra huruvida inträffade förändringar motiverar en prishöjning och prisklau-

²¹ Larenz s 259 och 289.

²² Se Zippelius s 91 och Esser s 54. Se också Kuchinke s 77 som säger att ifall man skiljer mellan tolkning och subsumtion, subsumtionen kan komma att äga rum mellan två satser med identiskt innehåll. Tolkas t ex rekvisitet "vårdslöshet" i visst fall så, att en hastighet överstigande 60 km/tim utgör vårdslös bilkörning, ligger i fastställandet av att hastigheten var 60 km/tim en samtidig rättslig värdering att en sådan framfart är "vårdslös". Sakfrågan ligger här i fastställandet av att hastigheten varit 60 km/tim och detta sakförhållande subsumeras sedan under den preciserade rättssatsen "en hastighet på 60 km/tim under de och de omständigheterna är vårdslös". Jfr avsnitt 11.3.2 vid not 38.

²³ Engisch: Logische s 23 f. Rödigs s 173 använder begreppen "Substantiierung" och "Exemplifizierung" i stället för termerna "subordination resp subsumtion" och sammanfattar dem under begreppet "Konkretisierung".

²⁴ Engisch a st.

suler som innebär att det råder ett missförhållande mellan parternas förmåner.²⁵ Detta är exempel på fallgrupper och de enskilda fallen kan sedan subsumeras under en eller flera sådana fallgrupper.

Det skall emellertid framhållas att gränsen mellan subordination och subsumtion är flytande.²⁶ Vi kan tex säga att vi subsumerar äggplockning under begreppet "jakt", varvid ingen generell regel uppställs, utan prövningen sker sui generis och avser det individuella fallet med alla dess enskildheter. Men vi kan också konstruera en generell regel; äggplockning är jakt. I det senare fallet är det frågan om subordination, dvs angivandet av en fallgrupp och under denna subsumerar vi det aktuella fallet.

Jag återkommer snart mer utförligt till själva gränsdragningsproblematiken. Den nu gjorda allmänna framställningen skall jag avsluta med att säga något om varför en juridisk slutledning anses behövas. Ekelöf säger:

"Huruvida en juridisk slutledning ingår som ett nödvändigt element i rättstillämpningen beror sålunda på vilket tillvägagångssätt som begagnas vid lagens tolkning. Utmärks denna framför allt av en billighetsavvägning av omständigheterna i det enskilda fallet, kan man med skäl förneka att en juridisk slutledning hör till det utmärkande för rättstillämpningen. Anser man däremot att denna skall vara enhetlig samt präglas av hänsyn till lagens ändamål, åtminstone "bör" varje rättstillämpning innehålla en subsumtion under en regel och sålunda avslutas med en juridisk slutledning."²⁷

Enligt Ekelöf är den juridiska slutledningen närmast ett medel att uppnå en enhetlig rättstillämpning, vilket sålunda skulle vara själva nyttan med den. Jag skall inte kommentera detta påstående annat än med att framhålla att det enligt Ekelöf tydligen råder ett motsatsförhållande mellan billighet och ändamålsenlighet, och att billigheten bör stå tillbaka för ändamålsenligheten. Att Ekelöf betonar detta stämmer väl överens med hans ståndpunkt att rättskipningen bör vara handlingsdirigerande, ett synsätt som också — som vi sett — är av avgörande betydelse för hans syn på bevisbördereglererna och deras funktion.²⁸

Ett annat skäl till varför en juridisk slutledning bör göras är att domen därmed kontrollerar sin tankegång.²⁹

²⁵ SOU 1974:83 s 149 ff.

²⁶ Engisch a a s 92 f.

²⁷ Ekelöf: TfR 1945 s 220.

²⁸ Se avsnitt 7.5.

²⁹ Henke s 97.

10.3 Närmare om gränsdragningen

10.3.1 Nordisk doktrin

I nordisk doktrin har frågan om det är möjligt att dra en gräns mellan sak- och rättsfråga berörts i olika framställningar. Någon närmare analys av gränsdragningsproblemet har emellertid — mig veterligen — inte skett. Den mest utförliga undersökningen får man nog säga är utförd av Schlyter.³⁰ Denne ser inte att gränsdragningen innebär några särskilda komplikationer. Även Andenæs är optimistisk beträffande möjligheterna att utföra gränsdragningen ifråga. Saken är ”noenlunde grei”, säger han.³¹ Hurwitz däremot ställer sig starkt skeptisk till möjligheterna att söndra mellan faktum och rätt.³² Bolding menar att fakta har betydelse också vid bedömandet av rättsfrågan — vilket ju är riktigt — och menar att om överviktsprincipen används vi inte längre behöver bekymra oss om gränsdragningen ifråga.³³ Ekelöf menar att gränsen mellan sak- och rättsfråga ibland är svårdragen och säger att detta beror på att bevisemat inte har kunnat fixeras.³⁴

Gränsdragningsproblematiken har av de ovan nämnda författarna inte blivit till föremål för någon närmare analys. Vissa ställer sig skeptiska till möjligheterna att utföra gränsdragningen, medan andra anser att den är oproblematiske. Vi får emellertid inte veta varför gränsen skulle vara svår eller lätt att dra. Jag kommer i det följande att försöka klargöra vad själva gränsdragningen innebär, vilken metod som kan användas för att särskilja sakfrågor från rättsfrågor samt var komplikationerna ligger.

10.3.2 Det logiskt-begreppsliga gränsdragningskriteriet

Som tidigare i framställningen har framgått, är det vanligt att man i tysk doktrin försöker använda sig av ett logiskt-begreppsligt gräns-

³⁰ Schlyter: Rättsfråga och sakfråga i högsta instans; Forhandlingerne paa det fjortende nordiske Juristmøde, Bilaga 1 s 1-96.

³¹ Andenæs i TfR 1943 s 288.

³² Hurwitz s 564-568 sammanfattar kritiken i fyra punkter: ”1) Intet rent faktum, ingen ren jus. 2) Sonderingen er retsteoretisk uholdbar. 3) Sonderingen er praktisk uigennemførlig. 4) Sonderingen er irrational.” Hurwitz kritik är emellertid inte grundad på gränsdragningsproblemet logiska aspekter, utan på de *praktiska komplikationer* som ett försök till gränsdragning ger upphov till.

³³ Bolding: Bevisbördan s 38 och 99. Det är emellertid inte sant att, om överviktsprincipen används, rätten inte behöver skilja mellan sak- och rättsfrågor. Urvalet av relevanta fakta är ju en rättsfråga, se avsnitt 1.4 vid not 88.

³⁴ Se Ekelöf: Rättegång III s 55 och Rättsmedlen s 92.

dragningskriterium.³⁵ Vanligtvis har man därvid endast den högsta instansens — Bundesgerichts — prövningsrätt för ögonen (som ju endast får överpröva rättsfrågor), även om det samtidigt framhålls att gränsdragningen har betydelse också i andra avseenden. Det logiskt-begreppsliga kriteriet är emellertid inte entydigt utan har utformats på olika sätt. Mannheim skiljer mellan fastställandet av fakta och *värdering* av fakta. Engisch m fl skiljer i stället mellan fastställandet av fakta och *rättslig värdering* av fakta.

För att börja med Mannheim så ställer han frågan om det går att skilja mellan fastställandet av fakta och värdering av fakta.³⁶ Går det inte att utföra denna distinktion kan man enligt Mannheim inte skilja mellan sak- och rättsfråga. Detta gränsdragningskriterium leder emellertid till olösliga problem. Vi formulerar ju våra sinnesintryck i ord och därmed sker en bearbetning och språklig etikettering av sinnesintrycken, vilket utesluter att vi någonsin kan fastställa fakta utan att i denna mening samtidigt värdera.³⁷ Denna svårighet inses också av Mannheim.³⁸ Han säger bl a angående satserna: "Dieses Pferd ist braun" och "Dieses Pferd ist 500 M. wert", att de båda i och för sig utgör revisibla värdeomdömen men att "Der Begriff der Revision erfordert die Ausscheidung einer Anzahl von Urteilen, die streng genommen bereits zur Tatsachenbewertung gehören."³⁹

Det andra sättet att utföra gränsdragningen enligt de logiskt-begreppsliga kriteriet är som sagt att försöka skilja mellan fastställandet av fakta och rättslig värdering av fakta. Grunden till denna distinktion är att man skiljer mellan subsumtion under *naturliga begrepp* och *rättsbegrepp*.⁴⁰ Subsumtion under naturliga begrepp räknas till sakfrågan, medan subsumtion under rättsbegrepp räknas till rättsfrågan.⁴¹ I sam-

³⁵ Se avsnitt 1.5.3 vid not 22.

³⁶ Mannheim s 33 ff.

³⁷ Jfr avsnitt 5.4.1.

³⁸ Se Mannheim s 61: "Die Erkenntnis, dass jede Wirklichkeitsbetrachtung bereits wertende Elemente voraussetzt und gerade zu untrennbar enthält..."

³⁹ Mannheim s 63.

⁴⁰ Se härom Henke s 145, Scheurle s 25, Stein s 13 och Engisch a a s 93 f. Uttrycket "naturliga begrepp" har jag själv tidigare i framställningen använt mig av och då åsyftat beskrivande begrepp med stor exakthet, vilka används i det allmänna språkbruket.

⁴¹ Det bör påpekas att när man i detta sammanhang talar om ett logiskt gränsdragningskriterium, så avses inte ett *formellt* logiskt kriterium, utan ett *rättslogiskt kriterium*. Endast rättsvetenskapen och således inte den formella logiken kan ange när subsumtion under naturliga resp rättsliga begrepp förekommer. Se härom Henke s 145 och Kuchinke s 63.

manhanget skall sägas att alla rekvisit är att betrakta som rättsbegrepp även om de är naturliga.⁴²

Vid användandet av distinktionen fastställande av fakta och rättslig värdering av fakta kan man, även om det ligger en värdering i fastställandet av fakta — åtminstone ibland — skilja fastställandet av fakta från subsumtionen. Antag t ex att ett sakkunnigt vittne säger att "detta är en mycket bra och funktionsduglig maskin". Här använder den sakkunnige sin erfarenhet, men han uttrycker samtidigt en värdering. Rätten dömer emellertid inte direkt på grundval av denna erfarenhetssats, utan subsumerar den under den rättssats som är tillämplig.⁴³ Det bör vidare påpekas att rätten inte är tvungen att använda erfarenhetssatsen ifråga. Själva subsumtionen avskiljer sig alltså från fastställandet av fakta. Det rör sig dock här enligt Engisch inte om ett rent fastställande av fakta, utan satsen ifråga ligger mellan under- och över-sats i den juridiska slutledningen.⁴⁴

Det har invänts mot det logiskt-begreppsliga kriteriet (jag kommer i det närmast följande endast att diskutera detta) att om en regel använder ett naturligt begrepp, så är ju detta *synonymt* med det naturliga begrepp som används i vardagsspråket, varför man inte kan skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. T ex är rekvisiten "avlämna", "kännedom", "rött" etc sådana att de utgör naturliga begrepp, och i fastställandet av att t ex någon har "kännedom" om något, eller att någon "avlämnat" en vara, skulle då också ligga en subsumtion. Ja, det har hävdats att man i sådana fall skulle kunna välja betraktelsesätt; se fastställandet antingen som en sak- eller en rättsfråga och att båda betraktelsesätten är giltiga.⁴⁵ Häremot har invänts, att även om begreppen är synonyma, de inte behöver ha samma *inhåll*.⁴⁶ Med hänsyn till att regler har ett *syfte*, kan det vara nödvändigt för domaren att med t ex "kännedom" mena något annat än vad ordet betyder enligt allmänt språkbruk.⁴⁷ Och skulle han ge rekvisitet samma innehåll

⁴² Se avsnitt 5.6.1.

⁴³ Se härom avsnitt 7.2.

⁴⁴ Engisch a a s 94. Jfr Stein s 42.

⁴⁵ Se härom Radbruch: Rechtsidee und Rechtsstoff s 349: "Bei der Rechtsanwendung wird die mittels sozialer Begriffe vorgeformte Gegebenheit den diesen Begriffen nachgebildeten Tatbestandsbegriffen subsumiert. So erscheinen übereinstimmende Begriffe bei der Beantwortung der Tat und bei der Beantwortung der Rechtsfrage, es wird zu einer Sache des Beliebens, ob man die Anwendung solcher Begriffe als tatsächliche Feststellung oder als rechtliche Würdigung aufmacht..."

⁴⁶ Engisch a a s 99 f och Henke s 154. Se också Prütting s 197.

⁴⁷ Se Henke s 155.

som enligt det allmänna språkbruket, kan man likväl — sägs det — skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. Först fastställs då att tex ett "avlämnande" enligt allmänt språkbruk har skett. Härfter ställs frågan om ett sådant "avlämnande" som avses i rättssatsen skett och på detta vis särskiljer sig sakfrågan från rättsfrågan.

På det angivna viset kan man alltid skilja mellan fastställande av fakta och subsumtion när en regel använder naturliga begrepp. Antag tex att vi har rekvisitet "man" hänsyftande på en individ av manligt kön. Man kan här skilja mellan fastställandet av att A är en "man" och subsumtionen av detta faktum under rekvisitet "man" i regeln.⁴⁸ Man behöver naturligtvis inte förfara på detta vis och i *praktiken* gör man nog inte en sådan uppdelning, vilket innebär att begreppen ifråga medför en gränsdragningskomplikation. Det väsentliga i detta sammanhang är emellertid att det i *princip* går att skilja mellan sak- och rättsfråga även om en regel använder naturliga begrepp.⁴⁹

En annan gränsdragningskomplikation enligt det nu diskuterade kriteriet är att rättssatser kan hänvisa till *utomrättsliga värderingar*. Tex skall i vissa skadeståndsrättsliga mål hänsyn tas till vad en normalt aktsam person borde ha gjort. Vid ställningstagandet härtil kan det finnas en erfarenhetssats som anger hur människor brukar bete sig i den aktuella situationen och denna kan införas i processen av en sakkunnig. Det kan därför tyckas vara en sakfråga om en person varit tillräckligt aktsam. Vad som hör till sakfrågan är emellertid endast fastställandet av den erfarenhetssats som anger det vanliga beteendet.⁵⁰ En rättsfråga är däremot frågan vad som *bör krävas* av en person i svarandens ställning enligt den aktuella regeln och om den ifrågavarande erfarenhetssatsen bör läggas till grund för domen.⁵¹ Det kan emellertid också förhålla sig så, att det inte finns någon erfarenhetssats för den aktuella situationen, eller att en erfarenhetssats inte kan fastställas med

⁴⁸ Henke s 153 och Larenz s 295. Så också Heescher s 14.

⁴⁹ Det handlar alltså om en praktisk gränsdragningskomplikation. Det naturliga eller vardagliga språket är ju influerat av det rättsliga och omvänt. I de enkla fallen, där regler innehåller rekvisit som tex "rött", "avlämnat", "köp", "anbud", "sälja" etc, torde rätten stundom inte utföra distinktionen ifråga. Detta innebär att bevisfakta direkt ställs i relation till rättsbegreppen och att dessa således inte kommer att konstitueras av händelsefakta i egenskap av rättsfakta. Vi kan i sådana fall räkna med att föremålet för användningen av åberops- och bevisbörderegler förskjuts från att avse konkreta fakta till att avse det abstrakta rättsfaktumet. Jfr ovan avsnitt 2.3, 5.4.3, 5.5.2, 7.2 och 11.2.2.

⁵⁰ Se Engisch a a s 112 och avsnitt 7.2.

⁵¹ Henke s 163.

tillräcklig säkerhet. I så fall kommer, enligt Engisch, domaren att genom "eine persönliche Wertung in die Wirklichkeit" bestämma denna, varvid sak- och rättsfråga kommer att flyta ihop.⁵²

Henke däremot, anser att gränsen mellan sak- och rättsfråga även i dessa fall är klar.⁵³ Han menar att domarens roll i sådana fall kan jämföras med en sakkunnig som inför en erfarenhetssats i processen. Visserligen inför domaren i ett sådant fall inte en erfarenhetssats, utan i stället en måttstock, en norm, för hur man bör bete sig i en viss situation, men han fungerar härvid, enligt Henke, som en förmedlare av den allmänna moraluppfattningen och kan på denna grund jämföras med en sakkunnig.⁵⁴

Analogin med sakkunnig är dock enligt min mening inte av någon avgörande betydelse för giltigheten hos Henkes resonemang. Även om domaren konstruerar en rättssats som saknar förankring i den allmänna moraluppfattningen kan sak- och rättsfråga särskiljas:

Man bör i situationen X göra Y
A har inte gjort Y
A skall dömas...⁵⁵

Översatsen är den av domaren konstruerade rättssatsen och den uttrycker vad som enligt domaren bör gälla. Undersatsen är sakförhållandet, vilket subsumeras under rättssatsen ifråga. Något problem att här skilja mellan fastställandet av fakta och rättslig värdering av fakta synes inte föreligga. Av samma uppfattning är Scheurle.⁵⁶

Hör subsumtion under deskriptiva erfarenhetsbegrepp som t ex "handelsbruk" och "affärssed" till sak- eller rättsfrågan? Ja, existensen av ett handelsbruk hör till sakfrågan. Om detta bruk är tillräckligt omfattande och varaktigt för att ett handelsbruk i lagens mening skall anses föreligga är däremot en rättsfråga.⁵⁷ Men antag att en regel inte bara hänvisar till t ex "affärssed" utan till "god affärssed". Kan man då skilja mellan sak- och rättsfråga? Ja, även här kan distinktionen göras. Den rättsliga värderingen av vad som enligt rättssatsen bör räknas som "god affärssed" aktualiserar en kritisk värdering av den tillgängliga erfarenhetssatsen. Existensen av erfarenhetssatsen och frågan

⁵² Engisch a a s 112.

⁵³ Henke s 166 och 169.

⁵⁴ Henke s 166.

⁵⁵ Jfr Henke a st.

⁵⁶ Scheurle s 66 ff. Så också Heescher s 18.

⁵⁷ Se Engisch a a s 112 och Henke s 163.

om affärsseden kan anses som "god" är två frågor som i princip går att särskilja.⁵⁸

Något som av Henke betraktas som en *praktisk* gränsdragningskomplikation är att ett förhållande som skall subsumeras under ett obestämt rättsbegrepp kan vara så mångfacetterat — en sk "Gesamtsituation" — att det med hjälp av vardagsspråket inte kan ges en tillräckligt precis beskrivning. Domaren kommer därför att slagordsmässigt sammanfatta sakförhållandet med användning av rättsbegreppet.⁵⁹ Exempel på sådana begrepp är "väsentligt", "störande", "lättsinne", "oskäligt" m m.⁶⁰ I vissa fall kan emellertid upplösning på exakta begrepp ske, varvid sak- och rättsfråga särskiljs. Kan t ex decibelnivån mätas till 150db, kan man skilja fastställandet av detta faktum från frågan om ljudet är "störande". Vi har därmed kommit till den omständighet som enligt det logiskt-begreppsliga kriteriet är av avgörande betydelse för om sak- och rättsfråga kan skiljas från varandra. Engisch säger härom följande:

"Hier zeigt sich also bereits, auf welche Weise man es dahin bringen kan, dass sich Tat- und Rechtsfrage voneinander unterscheiden lassen. Wenn der Gesetzgeber selbst genügend bestimmte mit klaren Tatsachenbegriffen identifizierbare Begriffe gebraucht oder wenn sich die unbestimmten Begriffe des Gesetzes im Wege der Definition auf genügend bestimmte natürliche und realitätsbezogene Begriffe reduzieren, in solche 'auflösen' lassen, so treten auch Tat- und Rechtsfrage klar auseinander."⁶¹

Engisch menar sålunda att sakfrågan kan frigöras från rättsfrågan om man kan upplösa rättsbegrepp på bestämda fakta. I sådana fall kan man fastställa vad som verkligen ägt rum, utan att fastställandet härav påverkas av en samtidig tolkning av vilka fall som är avsedda i rättsatsen.⁶² Används däremot obestämda rättsbegrepp som "störande",

⁵⁸ Henke s 163 och Scheurle s 67. Engisch a a s 112 synes vara av samma uppfattning. Han säger emellertid: "Aber in *praxi* wird man oft die Erfahrung machen, dass sich tatsächliche Übung, moralisches Attribut und auch rechtliche Anerkennung nicht so scharf voneinander sondern lassen" (min kurs).

⁵⁹ Henke s 177. Se också Koch s 68 och Prütting s 197. Jfr emellertid Engisch a a s 112 som menar att orsaken till att sakfrågan inte kan frigöras ligger i obestämdheten hos *rättsbegreppen*.

⁶⁰ Se Heescher s 19. Jfr avsnitt 5.4.3.

⁶¹ Engisch a a s 96. Se också Henke s 182.

⁶² Engisch a a s 95 säger härom: "Weil und sofern Begriffe wie 'ungebürlich', 'übermäßig schnell', 'ruhestörend', 'schmerzhaft', 'dunkel' usw. relativ unbestimmt sind, lässt sich bei der Entscheidung 'dies ist wirklich so' unter Umständen nicht sagen, was daran

”uppenbart missförhållande”, ”ringa mängd” etc. och en reduktion till exakta begrepp inte kan göras, är det inte möjligt att skilja mellan sak- och rättsfråga.⁶³ Det är då tex inte möjligt att slå fast att någon eller något är tex ”störande”, utan att det sker en samtidig jämförelse med de fall som är avsedda i regeln. Påpekas bör här att man givetvis kan fastställa att något är tex ”störande” utan att blicka på en regel. Till vardags gör vi ju ofta sådana påståenden. Resonemanget utgår dock givetvis ifrån att det finns en rättslig översats och att det är i denna situation som sak- och rättsfråga inte kan särskiljas, såvida inte en upplösning på bestämda fakta är möjlig.

Engisch utgår alltså ifrån att det finns ett naturligt objektivt språk och att ifall man använder detta sak- och rättsfråga kan särskiljas. Några konkreta exempel får visa resonemanget. Fastställandet av existensen av fem flaskor vin är en sakfråga, vilken kan särskiljas från rättsfrågan om detta är en ”ringa mängd”.⁶⁴ Det är en sakfråga vad parter vid avtalsförhandlingar sagt till varandra, och en rättsfråga om yttrandena konstituerar ett avtal.⁶⁵ Det är en sakfråga om en bilist kört mer än 100 km/tim och en rättsfråga om han p g a denna hastighet varit oaktsam.⁶⁶ Vidare är det enligt Engisch en sakfråga om en person slagit en annan i ansiktet och en rättsfråga om detta är ”misshandel”.⁶⁷

I andra fall är särskiljandet inte möjligt. Kan det inte bestämmas att det rörde sig om exakt fem flaskor vin, utan det sägs tex att ”det inte var så mycket” eller rent av att det var ”ringa”, flyter fastställande och subsumtion ihop,⁶⁸ och sägs det att en person varit ”störande” tex därför att han spelat väldigt högt, kan sak- och rättsfråga inte särskiljas.⁶⁹ Vidare kan fastställandet av om någon i trängsel stött eller knuffat till någon, så att man kan säga att det var ”misshandel”, inte särhållas

Tatsachenfeststellung und was Gleichsetzung mit den vom Gesetz gemeinten Fällen ist. Reine Tatsachenfeststellung kann ich nur dort vollziehen, wo ich nicht bloss ohne Wertung, sondern auch ohne Rückgang auf die vom Gesetzgeber gemeinten Vergleichsfälle sagen kann: 'dies ist so', also z.B. 'dies ist schmerzhaft', 'dies ist dunkel', 'dies ist ununterscheidbar.'"

⁶³ Engisch a a s 102 och Henke s 178. Se också Larenz s 295.

⁶⁴ Engisch a a s 96.

⁶⁵ Schlyter s 7. Det kan här anmärkas att Schlyter på s 10 hänför själva subsumtionen till sakfrågan. På s 9 däremot hänför han subsumtionen till rättsfrågan. Förmodligen föreligger här ett skrivfel eller ett förbiseende från Schlyters sida.

⁶⁶ Engisch a a s 97.

⁶⁷ A a s 102.

⁶⁸ A a s 96.

⁶⁹ A a s 94. Se också Henke s 179.

från subsumtionen under rättsbegreppet "misshandel".⁷⁰ Här ställs frågan om det var en sådan knuff eller stöt så att man i lagens mening kan tala om "misshandel" och vid bedömandet av hur det förhåller sig härmed går fastställande av fakta och subsumtion hand i hand.⁷¹ Anledningen till att sak- och rättsfråga här flyter ihop är att begreppen "stöt" och "knuff" är oprecisa. Vid fastställandet av att det var en "stöt" eller "knuff" sker alltså en samtidig jämförelse med av lagen avsedda fall, varför fastställande av fakta och rättslig värdering inte kan särskiljas. Detta är också anledningen till att gränsdragningen i de övriga nämnda fallen inte är möjlig att utföra och överhuvudtaget huvudorsaken till att man ibland inte kan skilja mellan sak- och rättsfråga.

Onekligen är gränsen härfin. Det förefaller som om samma resonemang som beträffande "stöt" eller "knuff" skulle kunna användas vid påståendet "slag i ansiktet". Engisch menar dock att begreppet "slag" är så tydligt, att man kan ta ställning till frågan om det var ett "slag", utan att jämföra med vilka fall som är avsedda i lagtexten.

Det är enligt Engisch inte bara vid tillämpningen av värdebegrepp som sak- och rättsfråga kan flyta ihop. Om tex en rättssats innehåller rekvisitet "rött", skiljer sig inte alltid fastställande och subsumtion klart från varandra, beroende på att vid fastställandet av om ett föremål är så rött som menas i rättssatsen existens- och jämförelseomdömet är ouplösligt förenade.⁷²

Engisch kommer till slutsatsen att det ibland går att skilja mellan sak- och rättsfråga, men att detta ibland inte är möjligt.⁷³ Särskilda besvär orsakar härvid generalklausuler, eftersom så många fakta är av relevans vid tillämpningen av dessa. Reduktionen kan lyckas ibland, men inte alltid för samtliga fakta.⁷⁴

En svårighet som Engisch inte särskilt tar upp, är att alla begrepp är mer eller mindre vaga. Vagheten har jag tidigare talat om och denna bör ju innebära att de exakta begrepp som vi, enligt det logiskt-begreppsliga kriteriet bör söka vid fastställandet av fakta, kan vara svåra att hitta. Nu säger Engisch om detta att vi i juridiska sammanhang inte kan ställa så stora fordringar på exaktheten i språket som i

⁷⁰ Engisch a a s 102.

⁷¹ A a s 102. Jfr emellertid Koch s 65.

⁷² Engisch a a s 103.

⁷³ A a s 105. Scheurle s 73 menar emellertid att man alltid kan skilja mellan sak- och rättsfråga genom att använda definitioner. Han beaktar därvid inte de problem som uppkommer vid en sk "Gesamtsituation".

⁷⁴ Henke s 181. Jfr avsnitt 5.7.

rent vetenskapliga sammanhang.⁷⁵ Inte desto mindre innebär vagheten att gränsen mellan sak- och rättsfråga blir flytande.⁷⁶

Det finns de som avvisar det logiskt-begreppsliga kriteriet. De menar att det inte är möjligt att på det angivna sättet dra en gräns mellan sak- och rättsfråga. Skälet till deras inställning är följande. Vår perception, tolkning och beskrivning är inte passivt-receptiv utan normativ. När domaren väljer ut och beskriver fakta i ett händelseförlopp som relevanta resp irrelevanta sker ett *urval* bestämt utifrån rättsliga utgångspunkter. Dessutom bearbetas sinnesintrycken och beskrivs händelser mot bakgrund av rättsliga utgångspunkter. På detta vis blir, menar de, sak- och rättsfråga oupplösligt förenade med varandra.⁷⁷

10.3.3 Den teleologiska metoden och prestationsteorin

De som förnekar möjligheten att dra en gräns mellan fastställandet av fakta och subsumtion enligt det logiskt-begreppsliga kriteriet, anvisar ibland i stället ett *teleologiskt gränsdragningskriterium*; avgörande bör vara den högsta instansens funktion att leda rättsutvecklingen och garantera enhetlighet och konsekvens i rättskipningen.⁷⁸

Företrädarna för det logiskt-begreppsliga kriteriet erkänner att domaren vägleds av normer vid skiktningen och råbearbetningen av processmaterialet och att han sålunda gör ett urval av fakta som är bestämt utifrån rättsliga utgångspunkter. De menar emellertid att denna sovring av stoffet är hypotetisk och förberedande och således logiskt sett går före fastställandet av fakta.⁷⁹ Och vid detta fastställande av fakta kan man menar de — åtminstone ibland — skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion.

Förutom det logiskt-begreppsliga kriteriet och den teleologiska metoden finns en annan gränsdragningsmetod som kan kallas *prestationsteorin*.⁸⁰ Denna metod är praktisk-processuell till sin karaktär och utgår

⁷⁵ Engisch a a s 98.

⁷⁶ Se Jareborg: Begrepp s 140 samt nedan avsnitt 11.2.

⁷⁷ Av denna uppfattning är Schwinge s 55 och Mannheim s 33 ff.

⁷⁸ Se t ex Schwinge s 26 ff.

⁷⁹ Engisch a a s 85 och Henke s 175. Nämnas kan i detta sammanhang att Kuchinke inte anser att all subsumtion under rättsbegrepp hör till rättsfrågan. Enligt Kuchinke bör man i stället låta det "systematiska sammanhanget" avgöra om vi har att göra med en sak- eller en rättsfråga. Subsumtionen hör till rättsfrågan endast om subsumtionen aktualiserar rättsliga värderingar och detta skall man avgöra genom att se på sammanhanget ifråga.

⁸⁰ På tyska "Leistungsteorie", se Peters s 642.

ifrån vad den högsta instansen kan dra för slutsatser på grundval av det i målet införda materialet. Revisibla är enligt denna metod alla konklusioner — oavsett om de rör faktiska eller rättsliga frågor — som högsta instans kan bedöma utan att ta upp ny bevisning. Krävs däremot ny bevisning anses en dom irrevisibel.⁸¹ De som ansluter sig till det logiskt-begreppsliga kriteriet bejakar prestationsteorin vid en sk "Gesamtsituation" (se ovan), men ser detta som en nödlösning.⁸²

10.4 Sammanfattning och slutsatser

Vid behandlingen av gränsdragningen mellan faktum och rätt har jag ganska utförligt behandlat det logiskt-begreppsliga kriteriet, men sagt ganska lite om den teleologiska metoden och prestationsteorin. Detta beror framför allt på att det i allmänhet anses finnas en enhetlig metod för gränsdragningen ifråga; man söker i regel att reducera rättsbegrepp mot konkreta omständigheter och på detta vis skilja mellan "rena fakta" och rättslig kvalifikation av fakta. Den logisk-begreppsliga metoden utgör därför, kan man säga, en universell gränsdragningsmetod.

Det är också mot bakgrund av denna metod som andra metoder har uppställts. Schwinge *tex*, undersöker först om det är möjligt att använda sig av ett logiskt-begreppsligt gränsdragningskriterium. Han konstaterar sedan att detta enligt hans mening inte är möjligt och det är bl a detta misslyckande som ligger bakom hans förslag om en teleologisk gränsdragningsmetod.

Den logisk-begreppsliga metoden fungerar vidare som en slags "rikslikare" — ett *facit* — vid bedömningen av om domstolen på ett korrekt sätt skiljt mellan sak- och rättsfråga. I doktrinen kan man möta påståenden som — "men detta är ju inte en sakfråga", och då har vederbörande antingen omedvetet eller medvetet på något sätt dragit en gräns mellan fastställandet av fakta och subsumtion.

Ett annat skäl till att jag så utförligt behandlat det logiskt-begreppsliga kriteriet är att det anvisar ett relativt tydligt sätt på vilket gränsdragningen kan utföras. Den teleologiska metoden däremot, innebär en resignation inför en gränsdragningsmetod som trots allt alltid sker när rättsregler tillämpas på fakta och är dessutom vag i sin utformning, en vaghet som den delar med prestationsteorin.

⁸¹ Prestationsteorin omhuldas av bl a Peters s 642 och Henkel s 375.

⁸² Se Henke s 187 och 273 ff och Prütting s 200.

Slutligen skall jag inte sticka under stol med — vilket väl också framgått — att jag sympatiserar med det logiskt-begreppsliga kriteriet, dock utan att vilja beteckna mig själv som en fanatisk anhängare av detsamma.

En del av vad som behandlats i detta kapitel finns ur en annan synpunkt behandlat i kapitlet om bevistemat. Gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga och frågan om bevistemats beskaffenhet är naturligtvis intimt förbundna med varandra, eftersom det är fakta som skall bevisas. Man måste ju då, vid ställningstagandet till vad som utgör bevistema, ta ställning till vad som hör till rättsfrågan. Och på omvänt sätt anger man, när man enligt det logiskt-begreppsliga kriteriet skiljer ut rättsfrågan från sakfrågan, vad som är bevistema.

En reduktion till fakta är emellertid inte av betydelse endast för möjligheterna att dra en gräns mellan faktum och rätt enligt det logiskt-begreppsliga kriteriet för att därmed avgöra vad högsta instans i förekommande fall får pröva, utan är av relevans även för tex åberops- och bevisbördan. Ett åberopande bör ju vara preciserat till att avse bestämda fakta, och bevisbördan avser begreppsligt fakta som har åberopats. Skälet till att åberopandet bör vara preciserat till konkreta fakta är emellertid inte att därmed skall möjliggöras en logisk-begreppslig gränsdragning mellan faktum och rätt, utan att motparten skall veta vad han har att försvara sig emot. Han bör få tillgång till preciserade påståenden så att han kan förbereda sin bevisning på ett ändamålsenligt sätt. Nu kan det tänkas att ett åberopande är tillräckligt preciserat för att försvar skall vara möjligt, utan att det är tillräckligt preciserat för att en tydlig gräns mellan faktum och rätt skall vara möjlig att dra. Och åberopandet kan därmed vara tillräckligt preciserat för att en sannolikhetsuppskattning skall vara möjlig att göra, utan att därmed de fordringar på bevistemat är uppfyllda för att det med hjälp av det logiskt-begreppsliga kriteriet klart skall kunna skiljas mellan fastställandet av fakta och subsumtion.

Det kan alltså ställas olika fordringar på hur långt reduktionen bör drivas beroende på vilka regler som är inblandade i sammanhanget. Man skulle därför kunna mena att vi inte bör försöka använda oss av ett enhetligt gränsdragningssätt, utan i stället låta syftet bakom olika regler vara bestämmande för hur gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga bör utföras. Vi kommer i så fall inte att kunna dra gränsen ifråga på ett enhetligt sätt, utan vad som i ett sammanhang betecknas som en rättsfråga kan i ett annat sammanhang komma att betecknas som en sakfråga och vice versa.

Ett funktionellt synsätt verkar sympatiskt, men leder till mycket besvärliga samordningsproblem och orsakar dessutom allvarliga inkonsekvenser i rättsanvändningen. Om vi börjar med åberops- och bevisbördereglerna är det faktum som skall åberopas samma faktum som skall bevisas och på vilket en bevisbörderegeln kan komma att användas. Skulle dessa regler användas på ett och samma faktum i olika precisionsgrader, blev det mycket svårt att undvika samordningsproblem. Tex vore inte det faktum som bevisbörderegeln skulle komma att användas på precis detsamma som det faktum som varit bevisföremål. Och åberopandet skulle ha kunnat avse faktumet ifråga i en ytterligare något annorlunda precisionsgrad. Snart nog skulle vi ställas inför frågan om inte preciseringen aktualiserat ett helt annat faktum, dvs det vore inte längre frågan om en gradvis precisering av ett och samma faktum. Om då åberopandet avsett det mindre preciserade faktumet skulle konsekvensen kunna bli att part vid bevisningen försvarat sig mot fel faktum.

Låt oss ta ett annat exempel. Antag att ett mål handläggs av tingsrätten och att därvid ställningstagandet till faktum X betraktas som en sakfråga, och att de fakta; a, b och c, som varit av betydelse för ställningstagandet till faktum X betraktats som bevisfakta. En följd härav blir enligt den rådande processrättsliga systematiken bl a att bevis temat utgörs av frågan om faktum X förelåg, att vid ovisshet om detta faktum en bevisbörderegeln används och att fakta ifråga inte behöver åberopas. Antag nu att ny talan väcks i detta mål under åberopande av ett nytt faktum (d). Enligt ett bevisrättsligt synsätt skall en sådan talan avisas; det rör sig om bevisning rörande ett och samma faktum. Skulle ny talan tillåtas under påstående av att fakta a, b, c och d utgör rättsfakta och att faktum d utgör ett factum superveniens, skulle stora olägenheter uppstå.⁸³ Här skulle plötsligt ett krav på åberopande gälla (vi antar att målet är dispositivt), bevisbörderegler skulle tillämpas på fakta a, b, c och d, men däremot ej på X. Vore X ovisst skulle principen *iura novit curia* träda in.

För att ta ett annat exempel. Antag att frågan om existensen av faktum X i tingsrätten betraktas som en bevisfråga, men av HovR:n som en rättstillämpningsfråga, vilken den enligt RB 50:21 st 3 kan avgöra på handlingarna, eller tvärtom att tingsrätten betraktat frågan som en rättsfråga, medan HovR:n ser den som en sakfråga. I det sistnämnda fallet kan HovR:n överväga att använda tilltrosparagraferna, men sam-

⁸³ Jfr avsnitt 11.2.2.

tidigt utesluts användningen av RB 50:21 st 3. Förvisso skulle sådana perspektivskiftningar skapa stor otrygghet. En sådan perspektivskiftning skulle också kunna leda till låsningar. HovR:n skulle ju tex inte, om den valde att betrakta en fråga som en rättsfråga, vilken i tingsrätten betraktats som en sakfråga, kunna döma i målet enär fakta i så fall knappast har åberopats.

Jag skulle i och för sig kunna gå vidare med regel efter regel för att påvisa de stora olägenheter som skulle uppstå ifall gränsen sak- och rättsfråga inte förläggs på ett enhetligt sätt. Jag har dessutom inte berört frågan i vad mån det är ett rättegångsfel att behandla tex en sakfråga som en rättsfråga, men säkerligen måste det vara ett rättegångsfel eftersom förväxlingen leder till en felaktig användning av de processuella reglerna.

Vi får således trots allt, hur sympatiska ändamålsresonemang nu än må vara, försöka använda oss av ett enhetligt gränsdragningsätt. Väljer vi ett enhetligt gränsdragningsätt får vi då ställa frågan vad som bör vara avgörande för hur långt preciseringen av fakta bör drivas. Vi kan då antingen som krav ställa, att preciseringen om möjligt bör drivas så långt att det går att dra en gräns mellan faktum och rätt enligt det logiskt-begreppsliga kriteriet, eller säga att en sådan noggrann analys i praktiken inte är nödvändig, att det logiskt-begreppsliga kriteriet bör vara *vägledande*, men att bestämmande för reduktionens omfattning bör vara ratio bakom åberopsbördan, önskvärdheten av att erhålla någorlunda fixerade bevistemata, och processekonomiska överväganden. Det sista alternativet är enligt min mening att föredra.

Mot att överhuvudtaget låta det logiskt-begreppsliga kriteriet vara vägledande för hur långt preciseringen bör drivas skulle kunna invändas att det är ett *formellt* gränsdragningskriterium och att det i denna egenskap inte tar någon hänsyn till att olika regler kan ha olika syften. Det skall emellertid då framhållas att det logiskt-begreppsliga kriteriet, samtidigt som det är formellt, ur vissa synpunkter är ändamålsenligt. Det gör det tex möjligt att använda principen iura novit curia. Det rättsliga omdömet garanteras därmed rätten och den kan därför leda och kontrollera rättsutvecklingen. Vi får vidare preciserade bevistemata, vilket är en förutsättning för tillämpningen av principen iura novit curia, men som dessutom är erforderligt för motbevisningens skull. Preciserade påståenden förhindrar dessutom osaklighet och godtycke vid rättskipningen. Kriteriet är dessutom stringent och relativt enkelt att använda, vilket gagnar förutsebarheten.

En följd av det logiskt-begreppsliga kriteriet är emellertid att de fak-

ta som en regel preciseras mot kommer att betraktas som rättsfakta. Fördelarna har jag berört ovan. Nackdelen är att vi, särskilt i mer vidlyftiga mål, kan få en stor mängd fakta att ta hänsyn till. Skall nu bevis- och åberopsregler tillämpas på varje enskilt faktum blir rättsanvändningen komplicerad. Dessutom kommer självständiga rättsfakta att kumuleras i en sannolikhetssuppskattning, varvid det blir svårt att uppnå beviskravet. Detta har jag tidigare berört.⁸⁴ Frågan uppstår här om inte fakta i ett händelseförlopp — åtminstone i vissa fall — bör betraktas som bevisfakta, detta framför allt för att undvika de menliga verkningarna av kumulationseffekten. Detta behöver inte nödvändigtvis utesluta att samma fakta betraktas som rättsfakta ur åberopssynpunkt. Till denna problematik återkommer jag senare.⁸⁵

Som jag ser det bör det logiskt-begreppsliga kriteriet vara vägledande vid gränsdragningen mellan faktum och rätt. Denna huvudregel bör emellertid kunna frångås i vissa fall. För att ett undantag skall få göras bör man dock kräva att det går att överblicka konsekvenserna av ett perspektivskifte. Normalt kan därför undantagen bara komma att gälla mer begränsade frågor.

Vad beträffar de fall där gränsen mellan sak- och rättsfråga överhuvudtaget inte är möjlig att dra, uppkommer särskilda problem. Sålunda får ju — för att bara nämna några exempel — resning inte beviljas om det är fel på bevisvärderingen. Hur bör nu denna regel tillämpas i de fall det inte går att dra en gräns mellan bevisvärdering och rättstillämpning? Och hur bör tilltrosparagraferna användas i sådana fall? Dessa regler förutsätter, liksom reglerna om resning, att vi kan dra en gräns mellan sak- och rättsfråga.

I det avslutande kapitlet kommer jag att ge synpunkter på hur rätten bör förfara i fall som de ovannämnda. Där kommer jag också att behandla fastställelseetalan och omröstning.

⁸⁴ Se ovan avsnitt 5.8.2.

⁸⁵ Se avsnitt 11.2.2.

11 Rättsfallsanalys

11.1 Inledning

I det följande skall jag analysera tre rättsfall med avseende på bl a gränsen mellan sak- och rättsfråga samt ta upp en del följdfrågor i anslutning härtill. Det första rättsfallet är NJA 1972 s29. Vi skall där titta på HovR:ns domskäl och analysera var sak- resp rättsfrågorna befinner sig. I anslutning härtill skall något sägas om bevisbördan. Vidare tas frågan upp i vad mån man kan betrakta fakta i ett händelseförlopp som bevis- i stället för som rättsfakta.

I det andra rättsfallet, NJA 1982 s 1, skall vi se hur HD förvandlar en bevisfråga till en rättsfråga och därvid samtidigt konstruerar en norm. Här skall också gränsen mellan rätts-, rättstillämpnings- och tolkningsfakta beröras. Vi kommer på detta ställe även att stifta bekantskap med sådana fakta som benämns ”rättsskapande” och att i anslutning till bl a sådana fakta diskutera reglerna om återopandet.

Slutligen skall rättsfallet NJA 1981 s 1255 tas upp till granskning. Rättsfallet visar bl a hur sak- och rättsfrågor kan ligga invälda i varandra och hur svårt det vid användandet av vissa rekvisit kan vara att skilja mellan sak- och rättsfråga. Här, liksom i det föregående rättsfallet, kommer vi också att se ett exempel på normkonstruktion.

11.2 Passivitet – sak- eller rättsfråga?

Det första rättsfallet handlar om passivitet. Vi skall i det följande titta på HovR:ns domskäl. För analysens skull återger jag den intressanta passagen i dess helhet. Det närmare sammanhanget framgår av detta referat. Jag kommer att markera argumenten med bokstäver.

Av utredningen i målet framgår, (A) att Arend Versteegh sedan han blivit myndig själv eller genom annat ombud än Gerard Versteegh röstat för aktierna i fråga, (B) att röstningen därvid t o m 1965 skett på sätt som de facto överensstämde med Gerard Versteeghs intentioner, (C) att Gerard Versteegh någon gång omkring år 1961 omnämnt förbehållen för Segefors och därvid antytt, att han möj-

ligen för visst fall komme att utnyttja dem (D) samt att Gerard Versteegh ej förrän genom brevet d 19 maj 1967 aktualiserat förbehållen gentemot Arend Versteegh. Som förut framhållits har Gerard Versteegh uppgivit (E) att hans avsikt vid förbehållens tillkomst vore att han skulle behålla rösträtten hela sitt liv. (F) Arend Versteegh har dock under lång tid röstat utan att fråga Gerard Versteegh hur denne önskade att röstningen skulle ske. (G) Enligt båda parter uppgifter har emellertid på stämmorna till och med 1965 meningsskiljaktigheter av betydelse ej förekommit dem emellan. Med hänsyn härtill (A-G) och (H) till vad Segefors uppgivit om Gerard Versteeghs inställning till förbehållen kan ej anses i målet *visat* (min kurs) att Gerard Versteeghs tystnad fram t.o.m. 1965 gentemot Arend Versteegh inneburit att Gerard Versteegh eftergivit kravet på åtlydnad av förbehållen.

HovR:n har tagit ställning till följande fråga: Har Gerard Versteeghs tystnad fram t.o.m. 1965 inneburit att han eftergivit kravet på åtlydnad av förbehållen? Med andra ord: Föreligger här en sådan passivitet att han förlorat sin rätt att göra förbehållen gällande? Är nu besvarandet av denna fråga att hänföra till sak- eller rättsfrågan?

Det förefaller som om HovR:n betraktat detta som en sakfråga. Användningen av termen "visat" och uppställningen av argumenten tyder på detta. Fakta A-H har då betraktats som bevis- och hjälpfakta och en bevisbörderegler har använts då de anförda faktorerna — dock klarlagda — inte ansetts bevisa passivitet. Det sägs ju i målet att det inte kan anses "visat" att Gerard Versteegh eftergivit sitt krav på åtlydnad av förbehållen.

Men är nu detta verkligen en bevisfråga? Enligt min bedömning är det inte det, vilket för övrigt är ganska enkelt att visa. Låt oss ställa frågan på detta sätt: Kan man bedöma frågan om Gerard Versteegh eftergivit kravet på åtlydnad av förbehållen endast på grundval av allmänna erfarenhetssatser och slutledningsregler? Kan man m a o (om vi bortser från ställningstagandet till beviskravet) anse detta vara enbart en kunskapsteoretisk fråga?

Jag tror att de flesta inser att vi, innan vi kan ta ställning till frågan om Gerard Versteegh eftergivit sitt krav på åtlydnad av förbehållen, närmare måste ta ställning till innebörden av det ifrågavarande passivitetsbegreppet. Vi ställer då frågan när en person agerat på ett sådant sätt att han kan anses ha eftergivit sin rätt. För att kunna bedöma detta måste vi ta ställning till vilka *krav* som bör ställas på en person för att han skall vara bibehållen sin rätt. Vi ställer m a o krav på hur man *bör* agera för att inte anses ha varit passiv och bedömer handlingar

efter denna *normativa* måttstock. Saknas normer får rätten konstruera sådana. Rätten gör vidare, när den värderar fakta i det individuella fallet, en jämförelse med andra likartade fall där passivitet bedömts. Hänsyn kanske också tas till vad som betraktas som ändamålsenligt. Vidare spelar erfarenhetssatser roll vid värderingen av fakta. Erfarenhetsmässigt har nog inte, om sådana handlingar vidtagits som i det aktuella fallet, en eftergift — enligt begreppets allmänna och populära betydelse — skett, men erfarenhetssatserna ingår bara här som en variabel bland många andra vid värderingen av fakta.

Frågan om Gerard Versteegh varit passiv innebär således inte ett objektivt fastslående av faktumet passivitet, utan en rättslig värdering av fakta A-H, vilka omständigheter således, ur rättsteoretisk synpunkt, är att betrakta som rättsfakta. Bevisfrågorna ligger med denna uppfattning i fastställandet av dessa fakta.¹

¹ Jag misstänker att sådana fakta som det här är frågan om i praxis ofta betraktas som bevisfakta. Det förekommer även i doktrinen, att fakta i ett händelseförlopp, vilka subsumeras under en rättsregel, betraktas som bevisfakta, tex säger Hurwitz s 563: "Der vil her *praktisk set* ikke være tvivl om, at til de '*primære bevisfakta*', som ikke kan efterprøves af Højesteret, hører sådanne af landsretten fastslåede faktiske momenter i det historiske handlingsforløb som, at A. ved den på gældende lejlighed har været fører af den og den automobil på det og det sted, at han har kørt med en så og så stor fart, at han har foretaget en nærmere beskrevet manøvre, f.eks. en overhaling af en cyklist uden forudgående signalering og i en nærmere bestemt afstand fra vejbanens kant, at cyklisten er blevet påkørt og kvæstet på nærmere angivet måde og derefter er afgået ved døden." Se även Wrede s 10: "På rätttegången värkande eller relevanta fakta äro i främsta rummet sådana, af hvilka sakens afgörande i den ena eller andra riktningen är omedelbart beroende och som därför i egentlig mening kunna kallas bevisfakta. På s 28 säger emellertid Wrede att ifrågavarande fakta utgör rättsfakta om de är ostridiga. Se också Krüger s 75 som talar om de omständigheter vilka bilda bevisfaktumet köp. Se också Cars s 153 som menar att t ex frågan om ett "köp" inträffat eller ett "rån" ägt rum, utgör sådana fakta som domaren kan sluta sig till från den föreliggande bevisningen. Cars säger att "beviskedjan" får tre led om köparen åberopar ett vittne till stöd för att ett köpeavtal träffas: "domarens iakttagelse av vittnets utsaga styrker att vittnet verkligen uttalar sig på detta sätt, vilket faktum i sin tur visar att vittnet faktiskt iakttagit köpeavtalets ingående". Han menar vidare att syn å en revolver kan utgöra bevis för rån och att beviskedjan i detta fall har två led: "Från sin iakttagelse av revolvern sluter sig domaren till att den är av det slag att dess begagnande innebär trängande fara, varav det senare styrker att ett moment i rättsfaktum (trängande fara) existerat, förutsatt att revolvern verkligen kommit till användning vid ifrågavarande tillfälle, vilket får styrkas genom andra bevisfakta." Som vi ser menar tydligen Cars, liksom även Hurwitz, Wrede och Krüger, att domaren från bevisfakta kan sluta till det *abstrakta rättsfaktumet*. Cars synes därvid inte ha beaktat att tex "trängande fara" är ett *rättsbegrepp* som långt ifrån är entydigt; att det således behöver tolkas och preciseras innan bevisfrågorna kommer in i bilden. Det som skall bevisas är konkreta fakta och dessa fakta subsumeras sedan un-

Som jag inledningsvis påpekade är det möjligt att HovR:n betraktat frågan som en bevisfråga. Med denna inställning kan i så fall följa en felaktig användning av bevisbördereglererna och ett brott mot principen *iura novit curia*. Det åligger ju domstolen att tillämpa lagen på klarlagda rättsfakta. Betraktas nu dessa fakta i stället som bevisfakta med otillräckligt bevisvärde finns en risk för att en bevisbörderegeln griper in på rättstillämpningens område. Och där hör den inte hemma.²

Jag vill emellertid framhålla att HovR:n, trots användningen av beviskravstermen "visat", kan ha uppfattat frågan som en rättsfråga. För detta talar att man, oavsett hur man formulerar domskälen, rimligtvis inte kan undgå att uppfatta att begreppet passivitet måste tolkas innan en bedömning kan ske och att anförda fakta således inte kan stå i direkt bevisförbindelse med rättsbegreppet ifråga, utan att de i stället konstituerar detsamma. Termen "visat" skulle i så fall, vilket jag tidigare påpekat, beteckna att det föreligger en "brist" på faktaplanet.³ Dessutom kan man i och för sig, vilket jag återkommer till i avsnitt 11.2.2 betrakta fakta A-H som bevisfakta endast vid sannolikhetsbedömningen och således som rättsfakta i andra sammanhang. Det må nu förhålla sig hur som helst med vilken inställning HovR:n faktiskt haft. Det väsentliga i sammanhanget är att påvisa att bevis- och rättsfrågor säkerligen, med ett oreflekterat betraktelsesätt, lätt kan förväxlas.

Vi har således kommit fram till att sakfrågan bör ligga i fastställandet av fakta A-H och att det är en rättsfråga om dessa fakta konstituerar passivitet. Men kan man nu skilja mellan fastställandet av dessa fakta och subsumtionen av dem under rättsbegreppet passivitet? Enligt det logiskt-begreppsliga kriteriet kan, som vi sett, distinktionen göras om rättsbegreppet kan upplösas i naturliga exakta begrepp.⁴ Kan däremot

det rättsbegreppet "trängande fara", sådant det preciserats genom tolkning. Denna subsumtion förutsätter en *rättslig värdering* av fakta i händelseförloppet. Ställningstagandet till det abstrakta rättsfaktumet "trängande fara" kan därför inte beskrivas som ett rent kunskapsmässigt slutledningsförfarande. På motsvarande sätt förbiser Cars att "köp" är ett rättsbegrepp och att vad vittnet iakttagit är olika handlingar och yttranden vilka konstituera "köp". (Angående vad som här sagts om förväxling av bevis- och rättsfaktum, jfr avsnitt 1.3.2 vid not 81, 2.5 vid not 20, 9.3 och 11.2. Beträffande precisering av rättsbegrepp, subsumtion mm se kap 10.) Slutligen skall påpekas att Cars syn på bevisföremålet naturligtvis får betydelse för hans tillämpning av resningsreglerna, men detta kan jag inte gå in på i detta sammanhang.

² Jfr avsnitt 5.4.2, 7.2 och 9.3.

³ Se avsnitt 9.3.

⁴ Se avsnitt 10.4.

begreppet inte upplösas på detta vis kommer en rättslig värdering att ligga i fastställandet av fakta, beroende på att man då inte kan besvara frågan: "Vad har verkligen hänt?", utan att samtidigt göra en jämförelse med de i regeln avsedda fallen.

Låt oss nu titta på rättsfallet och se om ett sådant särskiljande är möjligt. Jag begränsar mig här till två argument i domskälen (A-B). Vad beträffar faktum A kan detta utan tvekan fastställas utan att vi behöver ta ställning till vilka fall som är avsedda i rättssatsen. Att Arend Versteegh sedan han blivit myndig själv eller genom ombud röstat för aktierna, är ett faktum som vi kan fastställa fristående och objektivt från frågan vad som menas med passivitet. När det däremot gäller frågan om röstningen överensstämt med Gerard Versteeghs intentioner (faktum B) blir det svårare. Nu är detta faktum i målet ostridigt, men låt oss anta att det varit tvistigt. "Överensstämma" och "intentioner" är vaga begrepp, och det är inte möjligt att fastställa att röstningen överensstämt med intentionerna, utan att samtidigt ta hänsyn till *vilka* slags intentioner och *vilken* överensstämmelse som är relevant för bedömningen av passivitetsfrågan. Men då begreppen ifråga svårligen kan återföras på exakta begrepp, kommer det i fastställandet av att "röstningen överensstämt med intentionerna", att ligga en rättslig värdering av innebörd att det har förelegat en sådan överensstämmelse och sådana intentioner, att omständigheterna ifråga inte tyder på passivitet. Vad som i detta fastställande utgör tolkning av rättssatsen och en jämförelse med fall som är avsedda i denna och vad som utgör fastställande av fakta, kan därmed inte särskiljas.

Antag att rätten betraktar frågan om "överensstämmelse med intentionerna" förelåg som en bevisfråga. Detta innebär då att begreppen inte upplöses ytterligare och att fakta i målet betraktas som bevis för att en "överensstämmelse med intentionerna" förelåg. Antag i stället att begreppen preciseras ytterligare. De fakta mot vilka begreppen preciseras blir då bevisemata och bevisbördan gäller då för dessa fakta, vilka sedan subsumeras under begreppen "överensstämmelse" och "intentioner" eller direkt under rekvisitet passivitet. Preciseringsen kan sedan drivas längre, till dess att en ren sakfråga isolerats (om nu detta överhuvudtaget är möjligt). På det angivna sättet kan vad som före preciseringen betraktades som en sakfråga, bli en subsumtionsfråga osv. Härigenom ändras hela tiden bevisemat och föremålet för bevisbördan. Även åberopsbördan torde följa med ned i mikrokosmos.

Det kan alltså vara mycket svårt, och ibland omöjligt, att frigöra en ren sakfråga. Preciseringsen bör dock, som ovan framhållits, av praktis-

ka och processekonomiska skäl inte drivas för långt.⁵ Vad beträffar det aktuella fallet kommer jag i det följande att betrakta fakta A-H som rättsfakta i de skick de är, och övergår nu till att säga några saker om bevisbördan.

11.2.1 Bevisbördan - falsk eller äkta?

Man brukar skilja mellan den äkta och den falska bevisbördan. Denna uppdelning, som jag tidigare berört,⁶ har vållat missförstånd och oklarheter,⁷ vilket enligt min mening till viss del kan bero på att man inte tillräckligt beaktat att rekvisit upplöses i konstituerande fakta.

Den äkta bevisbördan åvilar, enligt Ekelöf, ständigt samma part i överensstämmelse med en rättsregel.⁸ Andra benämningar är *objektiv* bevisbörda och *abstrakt* bevisbörda. Den anges vara på förhand bestämd och den växlar inte mellan parterna. Den falska bevisbördan däremot, ibland benämnd *subjektiv* eller *konkret* bevisbörda, åvilar än den ena, än den andra parten, allt eftersom utredningen fortskrider i processen. Hur denna bevisbörda placeras är alltså beroende på målets beskaffenhet. Den anges närmare bestämt vara avhängig av bevisläget i målet.⁹ Det sägs vidare att innan någon bevisning förebragts i målet, så sammanfaller den falska bevisbördan med den äkta.¹⁰

Den äkta bevisbördan gäller tydligen det *abstrakta* rättsfaktumet (jfr abstrakt bevisbörda). I rättsregler anges t ex att "försummelse skall visas" eller, som i rättsfallet, att passivitet skall "visas". I det *individuella fallet* används emellertid bevisbörderegler på *konkreta fakta*. Som vi sett av rättsfallsanalysen utgör omständigheterna A-H konkreta rättsfakta och det är på dessa rättsfakta som bevisbörderegler skall användas. Men vilken bevisbörda är då falsk och vilken är äkta?

Det synes som om utgångspunkten för resonemanget om den äkta och den falska bevisbördan är, att vi har *ett* konkret bevisbart rättsfaktum. Men det verkar vidare förhålla sig så, att detta konkreta rätts-

⁵ Se avsnitt 10.4.

⁶ Se ovan avsnitt 8.5.3 vid not 70.

⁷ Se härom Maassen s 11 ff.

⁸ Ekelöf: Rättegång IV s 82.

⁹ Se härom Ekelöf a st, Musielak s 33 ff, Rosenberg s 41 f, Bruns s 276 ff, Jauernig s 169 ff och Leipold s 18. Vissa författare, t ex Jauernig (s 170) knyter begreppet subjektiv bevisbörda till förhandlingsprincipen, beroende på att rätten i indispositiva mål ex officio kan komplettera utredningen.

¹⁰ Ekelöf a st.

faktum *identifieras med det abstrakta rättsfaktumet*.¹¹ Om en sådan identifikation skett kommer konkreta fakta i målet att betraktas som bevis för det abstrakta rättsfaktumet och inte som rättsfakta vilka konstituerar detsamma. Om nu dessa fakta betraktas som bevisfakta är det *i och för sig* följdriktigt att hävda att den falska bevisbördan är beroende av bevisläget i processen, att denna växlar mellan parterna beroende på hur utredningen fortskrider: Om den bevisskyldige parten presterat tillräcklig bevisning övergår bevisbördan på motparten, som har att trycka tillbaka bevisvärdepunkten bort från den kritiska bevisbördepunkten; hela tiden avser bevisningen då ett och samma rättsfaktum.

När det emellertid förhåller sig så, att bevisningen rör olika konkreta rättsfakta, vilka konstituerar ett abstrakt faktum, kommer bevisbördereglerarna att avse dessa fakta. För dessa fakta måste det bestämmas vem av parterna som bevisbördan åvilar. Hur bevisbördan för dessa fakta skall placeras kan inte avgöras genom en granskning av bevisläget i målet. Enligt min bedömning har man således, möjligen p.g.a. att det abstrakta rättsfaktumet identifierats med ett konkret bevisbart faktum, kommit att förväxla bevis- och rättsfakta, varvid vad som benämns falsk bevisbörda egentligen är en äkta bevisbörda som gäller konkreta konstituerande rättsfakta.¹²

En annan möjlig förklaring än den att bevis- och rättsfakta förväxlats, är att den falska bevisbördan alltid anses vara bestämd av den äkta. I så fall erkänns att den falska bevisbördan kan avse en mängd olika konkreta rättsfakta, men att bevisbördans fördelning för dessa konkreta rättsfakta *på förhand* är bestämd av den objektiva bevisbördan.¹³

Låt oss nu titta närmare på rättsfallet om passivitet och granska rimligheten av den sistnämnda tolkningsvarianten, vilken torde vara den mest plausibla. Där finns konkreta rättsfakta A+B+C+D+E+F+G+H. På dessa konkreta fakta skall bevisbörderegler användas. När det sägs att käranden bär bevisbördan för passivitet utgår man från den abstrakta icke upplösta regeln. Och denna bör naturligtvis vara vägledande för hur bevisbördan skall placeras för de olika konkreta fakta i händelseförloppet. Att bevisbördan här skall i alla lägen åvila käranden för samtliga tänkbara omständigheter som i praktiken kan dyka upp,

¹¹ Se not 1 ovan och där gjorda hänvisningar rörande förväxlingen.

¹² Jfr not 1 ovan.

¹³ Så anser tex Rosenberg s 41, Musielak s 38, Leipold s 100 och Maassen s 13. Jfr avsnitt 8.4.2 vid not 51.

kan dock inte anses rimligt, t ex kan ju svaranden ha lättare än kändanden att bevisa en omständighet. Svaranden kan också tänkas ha genom illojalt förfarande förstört väsentligt bevismaterial avseende en viss punkt. Den abstrakta och konkreta bevisbördan behöver därmed inte sammanfalla.¹⁴

Låt mig, för att illustrera det ovan sagda, att den abstrakta och konkreta bevisbördan inte behöver sammanfalla, ta några påståenden ur rättsfallet som exempel. Det har t ex påståtts, att "röstningen därmed t.o.m. 1965 skett på sätt som de facto överensstämde med Gerard Versteeghs intentioner" (B) och att "Gerard Versteegh någon gång omkring år 1961 omnämnt förbehållen för Segefors och därvid antytt att han möjligen för visst fall komme att utnyttja dem" (C). Antag nu att dessa fakta varit tvistiga. Det är väl uppenbart att det inte är Arend Versteegh som skall visa att röstningen överensstämt med intentionerna. Detta är ju ett faktum som, om det bevisas, inte gagnar Arend Versteeghs sak och han kan definitivt inte ha något intresse av att bevisa en sådan omständighet. Läggs bevisbördan för detta faktum på Arend Versteegh kunde man räkna med att han inte skulle lägga ned möda på att bevisa det och en sådan uttalat partisk reglering av bevisbördan är inte acceptabel. Man kan i stället säga att det ligger i Gerard Versteeghs intresse att få bevisa en sådan överensstämmelse och att han bör få bevisa omständigheten ifråga.

Nu kan man säga att bevisbördans fördelning sammanhänger med om temat formuleras positivt eller negativt. Det ligger i Arend Versteeghs intresse att bevisa att röstningen *inte* överensstämt med intentionerna. Men då måste vi ha ett tilläggstema av innebörd att Gerard Versteegh inte reagerat trots brist på överensstämmelse. Vilka intentioner som är relevanta vet emellertid Gerard Versteegh bäst själv, eftersom det är hans intentioner det gäller. Han har således lättare att föra bevisning om detta än Arend Versteegh.

Beträffande det andra påståendet är det definitivt lättare för Gerard Versteegh att bevisa att han nämnt förbehållen för Segefors än för Arend Versteegh att bevisa att han inte gjort det. Det är vanligen lättare att bevisa att en händelse inträffat än att den inte inträffat. Detta faktum ligger, kan man säga, inom Gerard Versteeghs maktsfär; han har tillgång till beviset för detta faktum och det verkar rimligt att bevisbördan för detta faktum läggs på honom.

Jag menar sålunda att när man kommer på det konkreta planet i det

¹⁴ Jfr avsnitt 7.6.

individuella fallet, det inte alls behöver förhålla sig så att den s k äkta och falska bevisbördan sammanfaller. Den äkta bevisbördan avser enligt min mening bevisbördan för konkreta fakta i målet och för *dessa* konkreta fakta växlar bevisbördan. Man bör således skilja mellan abstrakt bevisbörda, äkta konkret bevisbörda och falsk bevisbörda. Den abstrakta bevisbördan är vägledande för hur bevisbördan för rättsfakta i det individuella fallet skall placeras, men härutöver måste hänsyn tas till parts bevismöjligheter, parts intresse av att få ett visst faktum fastställt, illojalt förfarande från motpartens sida m m.

Tittar vi nu åter på rättsfallet kan det vara rimligt att bevisbördan för vissa fakta läggs på Gerard Versteegh, medan bevisbördan för andra fakta läggs på Arend Versteegh. Alternativet är — om man vill laborera med en enhetlig bevisbördefördelning — att lägga bevisbördan för samtliga fakta på Arend Versteegh, men att då ge honom en bevislättnad beträffande vissa fakta, därför att det är svårare för honom att föra bevisning om *dessa* fakta än för Gerard Versteegh. Skulle det nu vara så, att bevisbördan fördelas inom ramen för det abstrakta rättsfaktumet, kan det synas som om det skulle vara svårt att träffa ett avgörande eftersom rättsfaktumet i avgörandet är odelbart; antingen föreligger passivitet eller ej. Så är dock inte fallet. Rätten måste här ta ställning till vilka fakta som är av *relevans* . Antag att rätten menat att om fakta A+B+C+D föreligger så föreligger passivitet, och att bevisbördan för att händelsen C inte inträffat lagts på Gerard Versteegh, samt att han inte lyckats bevisa att händelsen ifråga inte inträffat. Om det då sägs att Gerard Versteegh inte ”visat...”, så behöver detta inte, som det brukar sägas, vara ett uttryck för den falska bevisbördan,¹⁵ utan det kan vara frågan om användningen av en äkta bevisbörderegel, t ex den regeln att den som har lättast att föra bevisning om en viss omständighet bör belastas av bevisbördan för den ifrågavarande omständigheten.

Jag vill avsluta *dessa* funderingar om bevisbördan, som har allmän giltighet och sålunda inte berör bara detta enskilda fall, med följande reflektioner. Jag tror inte att man — särskilt vid tillämpningen av obestämda rättsbegrepp — har särskilt stor nytta av den abstrakta bevisbördan. Den kan visserligen vara vägledande, men i det konkreta fallet torde ofta särskilda överväganden medföra antingen bevislättnad, eller att bevisbördan placeras enligt en annan regel. Om då bevisbördan läggs på svaranden beträffande vissa fakta, medan bevisbördan enligt

¹⁵ Ekelöf a a s 83.

den abstrakta regeln åvilar käranden och denna belastas av bevisbördan för andra fakta, rör det sig enligt min mening inte om en bevisbördeomkastning, utan om användandet av speciella regler, vilka alltid eller ofta används i situationer av motsvarande typ som den förevärande.

Det torde vidare förhålla sig så, att det tilltagande bruket av general-klausulliknande regler gör den abstrakta bevisbördan än mer obrukbar. Det rymms så många olika situationer under abstrakta obestämda regler att det inte låter sig på förhand sägas att bevisbördan för alla i praktiken uppdykande fakta alltid skall vila på samma part. Detta inser vi kanske lättare om vi tänker oss att den obestämda regeln skrevs om till många kasuistiska regler och att lagstiftaren därvid, för varje situation, gav föreskrifter om bevisbördans fördelning. Lagstiftaren skulle då för varje enskilt fall få ta ställning till bevisbördans fördelning och det vore sannerligen märkligt om bevisbördan i alla dessa olika fall skulle vila på samma part. Det är vidare, om man här försöker sig på ett ändamålsinriktat resonemang, svårt att hävda att det i alla lägen vore förenligt med ändamålet med den obestämda regeln att bevisbördan läggs på t ex käranden. En obestämd regel kan ha *många ändamål* och det kan även med hänsyn till ett sådant resonemang vara rimligt med en fördelad bevisbörda inom samma rättsfaktum.

11.2.2 Bevismodell eller reduktionsmodell?

Som framgått har jag beskrivit rättstillämpningen i passivitetsfallet så, att rättsbegreppet passivitet preciserats mot 8 konkreta rättsfakta. Ur rättsteoretisk synpunkt är denna reduktionsmodell den som bäst beskriver rättstillämpningens natur och förhållandet mellan bevis- och rättsfrågor; rekvisit preciseras mot konkreta fakta i ett händelseförlopp — eventuellt efter växelverkan — till vilka rättsföljden sedan kan komma att knytas och det är dessa händelsefakta som återopandet bör avse.¹⁶

Jag har tidigare i framställningen påpekat att reduktionsmodellen lätt leder till besvärliga problem vid sannolikhetsuppskattningen; när en stor mängd fakta kumuleras i en sannolikhetsuppskattning blir det nämligen svårt att uppnå beviskravet.¹⁷ Dessutom uppkommer besvärliga fördelningsfrågor vad gäller bevisbördan. Ja, överhuvudtaget leder en långtgående fragmentering av processmaterialet till att handhavandet av rättsreglerna blir tungrott och komplicerat.

¹⁶ Se härom avsnitt 1.2, 10.2 och 10.3.

¹⁷ Se avsnitt 5.8.2 och 5.8.5.

Tidigare har jag anvisat olika sätt att angripa det ifrågavarande problemet, nämligen sparsam tolkning, utvidgning av bevistemat och sänkning av beviskravet. En fjärde möjlighet som nämndes var att anse att värderingar kan bevisas vara sanna eller falska. Anser man t ex att värderingen ”denna handling tycker jag är vårdslös” kan bevisas vara sann eller falsk, blir det naturligt att betrakta de fakta som ligger till grund för värderingen som bevisfakta. Dessa fakta kommer i så fall inte att behöva återopas och de kommer vidare knappast att kumuleras i en sannolikhetsuppskattning. Det slutgiltiga bevistemat kommer nämligen med ett sådant betraktelsesätt att utgöras av — för att nu återknyta till exemplet — själva vårdslösheten, vilken får karaktären av ett enhetligt bevisbart objekt. Vi får i sådant fall räkna med två bevisförfaranden, dels ett induktivt teoretiskt rörande händelsefakta och dels ett värdeteoretiskt beträffande dessa händelsefaktas ”bevisvärde” för det ifrågavarande rekvisitet.

Jag har tidigare i framställningen beaktat endast den sk deskriptiva värderrelativismen vilken jag ställt mig kritisk till.¹⁸ Värderingar kan emellertid anses vara sanna eller falska även på andra grunder. Man kan t ex mena att en värdering är sann om bedömarens själv hyser värderingen ifråga.¹⁹ Jag kommer dock även fortsättningsvis att enbart hålla mig till relativismen. Detta beror på att de processrättsliga konsekvenserna blir desamma oavsett på vilken grund man anser att värderingar kan bevisas vara sanna eller falska, varför relativismen kan tjäna som illustration. Ett annat skäl till varför jag begränsar mig till relativismen är att den tidigare berörts i anslutning till motivens objektivitetsbegrepp.²⁰ Slutligen torde det relativistiska synsättet vara att föredra om man finner det ändamålsenligt att ställningstagandet till värderingar i vissa fall hänförs till bevisningen. Genom hänvisningen till andras consensus förhindras nämligen i viss mån personligt godtycke vid rättskipningen.

Vi skall alltså i det följande ånyo granska det relativistiska betraktelsesättet, vilket också kommer att benämnas bevismodellen.²¹ De

¹⁸ Se avsnitt 5.8.5.

¹⁹ En översikt över olika värdeteorier finns hos Jareborg: Värderingar s 121 ff.

²⁰ Se avsnitt 3.5.

²¹ Jfr Adlercreutz s 223 ff som diskuterar frågan om de faktorer som används vid bedömningen av om ett arbetstagarförhållande föreligger utgör bevis- eller rättsfakta. Han talar i detta sammanhang om indicieteorin och rättsfaktumteorin och finner att rättsfaktumteorin ger den teoretiskt mest tillfredsställande beskrivningen på förfarandet, men säger samtidigt att de särskilda förhållandena gör att distinktionen blir mindre väsentlig. Han bortser därvid från användningen av de processuella reglerna där ju gränsdragningen tveklöst måste betraktas som väsentlig.

problem som vi möter på bevisningssidan blir nämligen så betydande enligt reduktionsmodellen att vi allvarligt måste överväga om denna inte bör inskränkas, åtminstone för vissa fall.

Som vi sett kan vi betrakta saken så, att rättsbegreppet passivitet reducerats till åtta konkreta rättsfakta. Kumuleras nu dessa åtta konkreta fakta i en sannolikhetsbedömning blir risken mycket stor för att uppnåendet av beviskravet blir en omöjlighet. Även om vi skulle anta att sannolikheten för varje faktum uppgår till 0,9 blir den kumulerade sannolikheten mycket låg. Laborerar vi med en bevisbördefördelning inom ramen för rättsfaktumet ifråga kan vi visserligen minska de menliga verkningarna av kumulationseffekten, men å andra sidan komplicerar vi på detta vis rättsstrukturen avsevärt. Möjligheten att genom sparsam tolkning reducera det antal faktorer som bör ingå i bedömningen är ett alternativ, men å andra sidan kan vi med en sådan reduktion inte göra en helhetsbedömning och detta utgör onekligen en olägenhet med den sparsamma tolkningen. Att sänka beviskravet är ytterligare en möjlighet, men det är inte realistiskt att tro att det går att sänka så mycket att vi enbart på detta vis kan befria oss från olägenheterna med kumulationseffekten. Kombinerar vi samtliga alternativ kan vi däremot nå mycket långt, men frågan är om detta alltid räcker.

Varför är då det relativistiska synsättet så dåligt? Är det verkligen förenat med så stora nackdelar att det aldrig bör få användas eller kan vi kanske tänka oss att det kan få användas ibland, som en nödlösning?

Enligt det relativistiska betraktelsesättet resonerar man på följande sätt: Eftersom förståndiga människor, givet föreliggande fakta, skulle anse passivitet, culpa, oskälighet eller vilket rekvisit det nu än månde vara, bevisat, så är rekvisitet ifråga att betrakta som bevisat. Ett första problem här är att avgränsa kretsen av "förståndiga personer". I realiteten går detta inte att utföra på ett vetenskapligt anständigt sätt. Domstolen skulle få fingera att det finns en krets förståndiga domare som tycker precis som domstolen i det ifrågavarande målet.²² Ytterligare ett problem är att bevisföremålet förskjuts ett steg. Bevistemat kommer slutligen att utgöras av det abstrakta rättsfaktumet i sin helhet och inte av de fakta som konstituerar detsamma. Bevisningen kommer således, med en sådan förskjutning, att tränga in i själva rätten, varvid fakta i händelseförloppet kommer att bli betraktade som bevisfakta för en slags rätt av transcendent karaktär. Detta innebär vidare att det finns en risk för att ett krav på återopande inte iakttas för ifrågavarande

²² Jfr ovan avsnitt 3.5.

fakta, att bevisbörderegler används på själva rättsfrågan och att principen *iura novit curia* därmed blir innehållslös. Som jag nedan kommer att visa kan man emellertid modifiera rättssystemet på sådant sätt, att fakta ifråga betraktas som bevisfakta *enbart* vid sannolikhetssuppskattningen, varvid de nämnda olägenheterna undviks.

Enligt bevismodellen kan man knappast ställa upp något beviskrav för fakta i ett händelseförlopp, vilket är en följd av principen om fri bevisprövning. Detta är också en fördel m h t att helhetsbedömningar ofta fordras. Men vad händer nu om vi skulle betrakta fakta i ett händelseförlopp enbart som bevisfakta? Ja, vi skulle få problem bl a med tillämpningen av reglerna om rättskraft och ändring av talan.

Enligt Ekelöf innebär rättskraften att alla rättsfakta som käranden kunnat åberopa prekluderas och att han inte kan göra dessa gällande i en ny rättegång.²³ Om däremot rättsfakta uppkommer efter rättegången utgör rättskraften inget hinder mot att väcka ny talan.²⁴ Om vi nu betraktar samtliga fakta i passivitetsfallet som bevisfakta är ny talan utesluten. Händelsefakta ses nämligen i sådana fall som bevis för en enhetlig rätt av närmast metafysisk karaktär. Eftersom fakta här ligger utspridda i tid och rum kan man emellertid mycket väl tänka sig att först en talan väcks på grundval av vissa fakta och att sedan en ny talan väcks p g a ytterligare handlingar som vidtagits efter den första domen, vilka anses tyda på passivitet. Skulle nu passiviteten betraktas som en bevisfråga, kommer följaktligen nya händelsefakta att betraktas som bevisfakta och inte som *fakta supervenientia*. Ny talan kommer därmed att avvisas med hänvisning till rättskraften. Anser man däremot att det är frågan om rättsfakta — vilket det i realiteten är — finns en teoretisk möjlighet att väcka ny talan. Rättskraften utgör här inget hinder.

Beträffande ändring av talan, så får ny omständighet inte åberopas om det därmed blir frågan om en annan sak. RB 13:3 st 3 tar endast sikte på rättsfakta. Skulle tex frågan om passivitet betraktas som en bevisfråga utgör RB 13:3 st 3 inget hinder mot att åberopa nya omständigheter. Däremot skulle tex RB 43:10 kunna hindra detta.

Om vi således anlägger bevismodellen är det rimligt att utgå ifrån att det alltid är samma sak. Bevisen blir ju, som nämnts, i så fall inriktade på en metafysisk rätt av enhetlig karaktär. Enligt reduktionsmodellen kan det vara en annan identitet, i vart fall om kriteriet på vad

²³ Ekelöf: Rättegång III s 80.

²⁴ Ekelöf a a s 84.

som är "samma sak" är att det skall röra sig om "väsentligen samma händelseföropp".²⁵ Detta kriterium torde nämligen vara mer liberalt än Ekelöfs kriterium; att det föreligger identitet om rättsföljden är densamma.²⁶

Det är emellertid inte acceptabelt att urholka möjligheterna att väcka ny talan på sätt som sker med bevismodellen, och det är heller inte rimligt att lamslå reglerna om förbud mot ändring av talan genom att betrakta fakta i ett händelseföropp som bevisfakta. Vi skulle emellertid kunna göra den modifikation som bevismodellen endast används vid sannolikhetsuppskattningen — det är ju här som kumulationseffekten ställer till mest besvär — men att vi använder rättsfaktumklassifikationen såvitt gäller *res iudicata*, ändring av talan, åberopande m.m. Vi skulle i så fall resonera på följande sätt. Enligt bevismodellen preciseras — liksom vid användandet av reduktionsmodellen — rättsbegreppet mot konkreta fakta. Dessa fakta skall även enligt bevismodellen åberopas. Vi kan även, om vi så vill, använda bevisbörderegler på dessa fakta. När det däremot gäller sannolikhetsuppskattningen bör vi, på grund av kumulationseffektens negativa verkningar, betrakta ifrågavarande fakta som bevisfakta och ställa frågan om förståndiga personer, givet dessa fakta, skulle anse det abstrakta rättsfaktumet bevisat. Skulle det vara ovisst vad förståndiga personer, givet föreliggande fakta skulle anse, är det inte nödvändigt att använda en bevisbörderegel. Man kan i detta läge fingera en åsikt.

Vilken modell man väljer vid sannolikhetsuppskattningen — kumulationsmodellen eller det relativistiska betraktelsesättet — synes, liksom i nästan alla andra sammanhang där det rör sig om tillämpningen av processuella stadganden, bero på vad man anser vara processens funktion. Anser man att den bör vara handlingsdirigering bör man välja det relativistiska betraktelsesättet, anser man åter att processens funktion bör vara konfliktlösning bör kumulationsmodellen väljas. Att vi kan föra tillbaka frågan på ett val mellan dessa principer beror på att vi vid användandet av kumulationsmodellen, där vi isolerar fakta från varandra och kumulerar dem i en sannolikhetsberäkning, onekligen strävar efter att åstadkomma en materiellt riktig dom. Med det relativistiska betraktelsesättet förhåller det sig helt annorlunda. Frågan om bevisningen räcker beror här på vilket innehåll man ger antagandet rörande frågan vad "förståndiga personer" skulle anse. Härvid behö-

²⁵ Olivecrona: Rätt och dom s 318 f.

²⁶ Ekelöf a a s 79.

ver man inte anta att dessa skulle kumulera fakta i en sannolikhetsberäkning. Antar man att "förståndiga personer" inte skulle kumulera sannolikheten kommer ett svagt underbyggt sakförhållande att kunna läggas till grund för en dom.

Vidare blir en följd av det relativistiska betraktelsesättet att vi inte behöver begränsa det antal faktorer som ingår i bedömningsmaterialet, vilket vi, om vi använder kumulationsmodellen kan bli tvungna att göra för att beviskravet skall kunna nås. Därmed blir det lättare att göra helhetsbedömningar och att beakta sådana faktorer att ändamålet med de materiella reglerna kan realiseras.

Nu menar jag att ändamålsresonemang är bra, men jag menar också att bevismodellen har så många andra nackdelar att den inte kan godtas annat än i speciella fall. Den främsta nackdelen är att vi får domar som kan vila på mycket bräcklig grund och av rättssäkerhetsskäl är detta ett mycket stort memento. Dessutom finns en risk för att, ifall gränsen mellan sak- och rättsfråga inte förläggs på ett konsekvent sätt och vad som således utgör rättsfaktum i ett sammanhang i ett annat sammanhang betraktas som ett bevisfaktum, förvirring uppstår, och att gränsen även i andra sammanhang förskjuts.²⁷

Om emellertid det rättsbegrepp som är under tillämpning har mycket *stor saklig överbyggnad*, bör man kunna använda sig av det relativistiska betraktelsesättet.²⁸ Anledningen härtill är att rättsbegreppet i så fall huvudsakligen är beskrivande, varför det inte ter sig så främmande att betrakta fakta i ett händelseförlopp som bevisfakta. Är däremot rättsbegreppet under tillämpning mycket obestämt, som t ex "vårdslöshet", "oskäligt" etc saknar det ju nära nog helt denotation och ett bevismässigt synsätt ter sig under sådana förhållanden att helt sakna saklig grund. Vidare bör enligt min mening krävas att man inte enligt de andra alternativen (sänkning av beviskrav, sparsam tolkning, utvidgning av bevis temat) kan komma tillrätta med de menliga verkningarna av kumulationseffekten.

11.3 HD konstruerar en norm

Vi kommer så till det andra rättsfallet, NJA 1982 s 1. Här skall visas bl a hur en bevisfråga av HD behandlas som en rättsfråga. För att detta skall framgå kommer även TRn:s och HovR:ns motiveringar att tas

²⁷ Jfr avsnitt 10.4.

²⁸ Jfr avsnitt 5.3.2.

med. Rättsfallet ger även anledning till en diskussion om bl a gränsen mellan rätts-, tolknings- och rättstillämpningsfakta, och om skillnaden mellan uppställandet av en presumtion och skapandet av en regel. Även åberopsbördan kommer att beröras. Jag inleder med att kort teckna bakgrunden:

Dick M och Bernt N bildade tillsammans ett aktiebolag, Hunnebo-verken. De utgjorde bolagets styrelse, ägde hälften var av aktierna och tecknade var för sig bolagets firma. Dick M:s hustru, Maud M, utförde visst arbete för bolagets räkning. När bolaget efter ungefär ett år började gå sämre utfärdade Dick M, som behörig firmatecknare för bolaget, ett skuldebrev å 75 000 kr till sin hustru, vilket avsåg ersättning för utfört arbete åt bolaget.

Maud M krävde att bolaget skulle infria skuldebrevet, men bolaget bestred betalningsskyldighet.

Maud M stämde härefter bolaget och gjorde gällande att hon, enligt överenskommelse mellan henne och Hunneboverkens företrädare Bernt N och Dick M, skulle utföra och hade utfört visst administrativt arbete för bolaget och att skuldebrevet avsåg ersättning för detta arbete. Som grund för käromålet åberopades skuldebrevet. Bolaget invände häremot i första hand, att Maud M ej haft i uppdrag av bolaget att utföra detta arbete, varför bolaget inte var skyldigt att infria skuldebrevet. Bolaget gjorde därvid även gällande att det enligt överenskommelse mellan Dick M och Bernt N om arbetsfördelning, ålåg den förstnämnde att utan ersättning utföra sådant arbete som skuldebrevet avsåg och att Dick M därför överskridit sin befogenhet när han utfärdade skuldebrevet. Slutligen gjordes gällande att Dick M ej ägt utfärda skuldebrevet eftersom det var ställt till anhörig.

Tingsrätten säger angående de två påstådda överenskommelserna följande:

”I frågan huruvida den av Maud M påstådda överenskommelsen träffats skiljer sig makarna M:s uppgifter helt från Bernt N:s. Beträffande frågan om det enligt avtal mellan Dick M och Bernt N ålåg Dick M att utföra sådant arbete som Maud M utfört har de två förstnämnda lämnat oförenliga uppgifter.”

Härefter redovisar tingsrätten sin bevisbedömning vid vilken olika omständigheter vägs mot varandra. Därefter konstaterar tingsrätten:

”TR:n finner vid övervägande av vad i målet förekommit att varken Maud M:s eller Hunneboverkens påståenden angående berörda två överenskommelser styrkts. Bedömningen härav har helt avgörande betydelse även vid prövningen av Hunneboverkens övriga invänd-

ningar mot att infria skuldebrevet. Eftersom Hunneboverken för att käromålet skall ogillas haft att styrka förhållanden som medför att bolaget ej är skyldigt att infria skuldebrevet, skall Maud M:s talan bifallas.”

HovR:n fastställde tingsrättens dom.

Jag övergår nu till HD:s domskäl i relevant avsnitt. HD säger:

”Med hänsyn bl a till de *verkningar i bevisbördehänseende* som innehav av ett skuldebrev medför får Dick M anses ha handlagt fråga rörande avtal mellan bolaget och Maud M. Oavsett vad som gäller beträffande egendomsförhållandena i makarna M:s äktenskap måste Dick M i sin egenskap av Maud M:s make antagas ha haft ett *väsentligt intresse* i frågor rörande ett sådant avtalsförhållande mellan bolaget och Maud M som det här gällde” (min kurs).

Vi ser att både TR:n och HovR:n betraktat frågan om överenskommelserna träffats som en bevisfråga. Dessa instanser har sålunda försökt att utröna vilka överenskommelser som träffats och vilka som deltog när de påstådda avtalen träffades. Efter det att bevisbedömningen rörande dessa frågor utförts har det dock fortfarande ansetts oklart vad som förevarit. Avgörandet har därför grundats på en bevisbörderegel. Den bevisbörderegeln som använts är allmänt vedertagen. Den säger att den som gör invändning mot ett skuldebrev har att bevisa dessa invändningar.

På annorlunda sätt skedde bedömningen i HD. Där hänvisas till de verkningar i bevisbördehänseende som innehav av skuldebrev har och det sägs att bl a med hänsyn till dessa verkningar Dick M ensam får anses ha handlagt avtalet mellan bolaget och Maud M. HD betraktar inte — i motsats till TR:n och HovR:n — frågan mellan vilka överenskommelsen träffats som en bevisfråga. Detta framgår dels av arten av HD:s motivering och dels av att HD inte alls nämner den bevisning som de tidigare instanserna varit sysselsatta med att bedöma.

11.3.1 Vilken karaktär har HD:s argument?

Låt oss nu titta lite närmare på den i detta sammanhang intressanta fråga som HD har tagit ställning till samt på beskaffenheten av de argument som HD använt vid ställningstagandet till denna fråga. Kärnfrågan är tydligen om Dick M *ensam* handlagt det ifrågavarande avtalet eller inte. Har han inte handlagt avtalet ensam, utan detta träffats mellan Maud M och Hunneboverkens företrädare Bernt N och Dick M, skall Maud M ha ersättning enligt vad som är föreskrivet i skuldebrevet.

Har däremot Dick M själv handlagt avtalet skall ersättning inte utgå. Visserligen var Dick M behörig firmatecknare för bolaget, men i målet förklarade Dick M att han inte trodde att Bernt N skulle ha varit villig att utfärda skuldebrevet. HD säger att det med hänsyn härtill är "uppenbart att Dick M:s intresse av skuldebrevets utfärdande kunnat strida mot bolagets intresse". Vid tidpunkten för skuldebrevets utfärdande hade dessutom bolaget ansträngd ekonomi och Dick M var då även i färd med att lämna bolaget. Härtill kom att det rådde meningsmotsättningar mellan Dick M och Bernt N. På grund av dessa förhållanden hade Dick M, enligt HD, inte befogenhet att utfärda skuldebrevet.

Skulle emellertid Bernt N ha varit med när överenskommelsen ifråga träffades, håller inte detta resonemang. I så fall återspeglar nämligen skuldebrevet ett träffat avtal mellan Maud M och Hunneboverken. Detta "avtalsproblem" löser HD på ett oväntat sätt genom att säga, att bl a med hänsyn till de verkningar i bevisbördehänseende som innehav av skuldebrev har, Dick M får anses ha handlagt avtalet. Vi kan kalla detta argument för *bevisbördeargumentet*. I nästa mening hänvisas till det "väsentliga intresse" som Dick M måste antas ha haft av ett sådant avtalsförhållande. Detta argument kan vi kalla *intresseargumentet*. Intresseargumentet återfinns i domskälen *efter* det att det redan med hänvisning till bevisbördeargumentet slagits fast att Dick M handlagt avtalet, vilket kan föranleda den uppfattningen att hänvisningen till intresseargumentet saknar betydelse vid fastställandet av att Dick M får anses ha handlagt avtalet. Å andra sidan får väl uttrycket "bl a" i första meningen antas åsyfta intresseargumentet. Vi kan därför utgå ifrån, att de argument som av HD använts för att fastställa att Dick M handlagt avtalet, är bevisbördeargumentet och intresseargumentet.

Tittar vi nu närmare på det första argumentet, d v s bevisbördeargumentet, ser vi att detta inte utgör ett bevisfaktum; ett teoretiskt skäl att tro att Dick M faktiskt handlagt avtalet. Bevisbördereglererna och deras verkningar har ju ingenting att säga om vad i detta konkreta fall sagts mellan parterna. Argumentet hänvisar inte heller till en allmän erfarenhetssats som gör det a priori sannolikt att den närstående slutit avtalet i fall som det förevarande. Det talas nämligen om innehavets verkningar i bevisbördehänseende och inte om dess effekt i bevisvärdehänseende. Härtill kommer att en sådan erfarenhetssats knappast kan antas existera. Argumentet härrör överhuvudtaget inte från den konkreta situation som varit uppe till bedömning och hänvisar heller inte till en erfarenhetssats. Argumentet utgör i stället en hänvisning till en *abstrakt norm* och dennas verkningar i allmänhet, tar inte sikte på vad

som faktiskt förevarit utan är *framåtblickande* och inte inriktat på att fastställa en händelse i förfluten tid. Argumentet anger m a o hur det *bör* vara; det finns goda (rättspolitiska) skäl att anse att den närstående i fall som det förevarande slutit avtalet och att stipulera en rättssats som för framtiden skall gälla i samtliga liknande fall. Fastställandet av att Dick M slutit avtalet utgör således en ren *fiktion*: HD bemödar sig inte om att försöka utröna om Dick M *rent faktiskt* slutit det ifrågavarande avtalet.

Det andra argumentet som HD hänvisar till är, som nämnts, intresseargumentet. Att Dick M hade ett väsentligt intresse i ett sådant avtalsförhållande som det är frågan om, kan naturligtvis *i och för sig* betraktas som ett bevisfaktum för att han handlagt avtalet. Anlägger man bevis-synpunkten på detta argument får man emellertid konstatera att bevisvärdet är mycket svagt. Att Dick M hade ett väsentligt intresse i ett sådant avtalsförhållande behöver ju inte alls innebära att han handlagt avtalet. Dessutom utesluter ju inte hans intresse att jämväl Bernt N deltog i avtalsslutandet.

Dick M:s väsentliga intresse bör emellertid inte alls uppfattas som ett bevisfaktum. En anledning härtill — vilken dock inte är den viktigaste — är att vi i så fall får ett pragmatiskt (bevisbördeargumentet) och ett teoretiskt skäl stående bredvid varandra till samtidigt stöd för *samma* tema. Bedömningen skulle i så fall s a s till hälften vara normativ och till hälften bevismässig med avseende på ställningstagandet till ett och samma faktum. Och det är inte lämpligt att bevis- och rättsfrågor flyter in i varandra på ett sådant sätt. Rättspolitiska skäl bör inte, på det angivna viset, användas till att fastställa fakta.²⁹ Sin rätta plats har sådana skäl i *rättstillämpningen* och i det förevarande fallet skulle de ha kunnat användas för att kasta om bevisbördan.

Något som förvånar mig i detta fall är också att HD inte kastat om bevisbördan och i stället lagt den på Maud M. Det hade legat nära till hands att resonera på följande vis: När en firmatecknare utfärdar ett skuldebrev till närstående på sätt som skett, och det är *ovisst* om han handlagt det bakomliggande avtalet, bör bevisbördan för avtalsslutandet m h t bevisbördeargumentet och intresseargumentet placeras på den

²⁹ Nämnas här bör att vid rättsnormerad bevisvärdering (se ovan avsnitt 7.6) rättspolitiska överväganden, via tolkningsprinciperna, får betydelse vid fastställandet av fakta. Här ställs emellertid inte teoretiska och rättspolitiska skäl bredvid varandra till stöd för ett och samma tema, utan skälen är enbart teoretiska. Vad den rättsnormerade bevisvärderingen anger är hur bevisutsagor och erfarenhetssatser i olika fall bör tolkas.

närstående som gör skuldebrevet gällande. Enligt detta resonemang skulle det ha ålegat Maud M att visa att Dick M ej ensam handlagt avtalet. De två argumenten skulle lämpligen ha kunnat användas för en sådan omkastning av bevisbördan. På detta sätt har emellertid inte HD resonerat. Argumenten används för att *fastställa* att Dick M handlagt avtalet och inte för att överflytta bevisbördan för att han *inte* ensam handlagt avtalet på Maud M. Som domskälen är formulerade lämnas ingen möjlighet till motbevisning öppen för Maud M. I så fall borde det ha stått att Maud M "inte har visat" ... "ådagalagt"...eller något liknande.

Nu kan man invända att bevisbörderegler också används till att fastställa fakta³⁰, och man skulle kunna försöka hävda, att HD här, trots allt, stipulerat en bevisbörderegler, men att detta inte så lätt famgår p g a att HD explicit uttryckt på vilka fakta den uppställa bevisbörderegeln är grundad. Det är ju vanligt att bevisbörderegler grundar sig på rättspolitiska argument, vilket är särskilt tydligt när bevisbördan placeras enligt ett ändamålsinriktat resonemang³¹. Normalt uttrycks dock inte i domskäl på vilka fakta en bevisbörderegler vilar. Många bevisbörderegler är stadgade i praxis, varför detta kanhända anses obehövt. Men även när en avvikelse från en vedertagen bevisbörderegler görs är det inte säkert att de fakta som utgör grund till bevisbördeomkastningen nämns. Om de emellertid anges reduceras bevisbörderegeln till vissa bestämt angivna fakta och dessa kan vara av pragmatisk natur; det finns goda, kanske rättspolitiska skäl, att låta ovissheten gå ut över ena parten. Det ovissa faktumet kommer därmed, fullt tydligt och klart, att vara fastställt på grundval av pragmatiska och ej teoretiska skäl. Och man skulle nu, som sagt, kunna försöka hävda att det är en sådan reduktion av en bevisbörderegler som vi ser i detta rättsfall.

Jag finner emellertid ett sådant resonemang inte hållbart. Det finns en sedan länge och av tradition bevarad nomenklatur, vilken anger när en bevisbörderegler använts. Jag har tidigare sagts att det i sådana fall brukar skrivas, "det har inte visats", "ådagalagts" eller liknande. Med hänsyn härtill, och med beaktandet av formuleringen av domskälen i övrigt, menar jag att HD här skapat en rättssats som inte är en bevisbörderegler. Rättssatsen säger att när bevisbördeargumentet och intresseargumentet föreligger så skall den närstående i ett fall som det förevarande, eller i ett fall som liknar detta, anses ha slutit avtalet.

³⁰ Se avsnitt 3.4.

³¹ Jfr avsnitt 3.4.

De anförda argumenten är *rekvisit* i den sålunda skapade rättssatsen.

Man kan fingera att ett sakförhållande inträffat antingen med hjälp av en bevisbörderegel eller med hjälp av en rättssats som inte är en bevisbörderegel. Den senare regeln kan vi kalla en vanlig materiell regel. I båda fallen fastställs ett sakförhållande med hjälp av en rättssats. Skillnaden mellan att fastställa ett sakförhållande med en bevisbörderegel och att fastställa det med en materiell regel, ligger i att ifall en bevisbörderegel används motbevisning är möjlig, vilket inte är fallet vid stipulerandet av en rättssats som har den *rättsliga betydelsen* att ett sakförhållande skall anses fastställt. Härvid är dock att märka, att förutsättningarna i den konstruerade rättssats, vilken har den rättsliga betydelsen att ett sakförhållande skall anses ha inträffat, också måste bevisas och att det för dessa förutsättningar också måste uppställas bevisbörderegler. Genom konstruktionen ersätter vi sålunda bara en rättssats med en annan som av olika skäl befinns vara lämpligare.

Skillnaden mellan att — om vi nu återgår till rättsfallet — ge Maud M möjlighet till motbevisning och att i stället konstruera den rättssats som HD gjort — att ifall bevisbördeargumentet och intresseargumentet föreligger så skall NN anses ha slutit avtalet — är att verkan i rättsligt hänseende av de anförda omständigheterna är *ovillkorlig* och *absolut*. Konstateras det att bevisbörde- och intresseargumentet föreligger skall NN anses ha slutit avtalet och temat går därmed inte att motbevisa. Rekvisiten i den uppställda rättssatsen skall dock, som påpekats, bevisas och det torde åligga svaranden att bevisa existensen av dem då de utesluter hans betalningsskyldighet. Bevisbördeargumentet är dock ett sådant rekvisit som egentligen inte kan bevisas. Det hänför sig som tidigare nämnts till verkningarna av en abstrakt norm och utgör inte ett bevisbart konkret faktum i händelseförloppet. Däremot måste det, och kan det, bevisas att ett "väsentligt intresse" föreligger. Men möjligen anses det notoriskt att den närstående alltid i fall som det förevarande har ett väsentligt intresse, varvid några egentliga bevisfrågor inte uppkommer.

Används den allmänna och vedertagna regeln, vilken TR:n och HovR:n använt sig av, lämnas däremot möjligheterna till motbevisning öppen rörande frågan vem som egentligen slutit avtalet. Då försöker man att genom bevisvärdering klarlägga mellan vilka avtalet slutits och vad som sagts mellan parterna. Och då bevisvärderingen är fri, kan regler om att vissa bestämda omständigheter har den betydelsen att NN skall anses ha träffat avtalet inte uppställas. Med hänsyn härtill kan den frågan ställas om inte HD stipulerat en legal bevisvärdering.

HD säger ju att ifall bevisbördeargumentet och intresseargumentet föreligger så skall NN anses ha handlagt avtalet och verkan av dessa omständigheter är ovillkorlig. Har då inte HD brutit mot RB 35:1 och principen om fri bevisprövning? Man kan i och för sig betrakta detta som en legal bevisreglering, eftersom det i en rättssats sägs att om $a+b$ så skall c anses föreligga. Fallet har dock inte med bevisvärdering att skaffa. Det rör sig om konstruktionen av en norm och denna vilar inte alls på någon slags sannolikhet anknuten till det enskilda fallet. Konstruktionen av rättssatser har inte något med RB 35:1 att skaffa utan är överordnad denna regel.³²

11.3.2 Subsumtionsfakta, tolkningsfakta och rättsskapande fakta

Rättsfallet NJA 1982 s 1 aktualiserar också frågan om skillnaden mellan bl a subsumtionsfakta och rättstillämpningsfakta. Men subsumtionsfakta menas väl vanligen sådana fakta i ett händelseförelöpp som motsvarar rekvisiten i en rättsregel. Vi har här sålunda att göra med konkreta fakta i ett saksammanhang, vilka underordnas rekvisiten i en rättssats. Subsumtionsfakta är med andra ord identiska med vad som brukar benämnas rättsfakta. Med rättstillämpningsfakta avses enligt Ekelöf och Bolding sådana fakta som att en lag promulgerats eller att en viss dom meddelats. Sådana fakta visar enligt denna uppfattning att en viss regel *gäller*.³³

I stället för termen rättstillämpningsfaktum, eller som en underavdelning till detta begrepp, skulle jag vilja använda begreppet *tolkningsfaktum*. Ett sådant faktum anger inte att en viss regel gäller och kan heller inte beskrivas som ett subsumtionsfaktum. Det har i stället betydelse på tolkningsplanet för att närmare precisera *innebörden* av ett rättsbegrepp.³⁴

Antag att rätten skall tillämpa ett obestämt rättsbegrepp. För att närmare bestämma innebörden av begreppet kanske rätten tittar på vad som kan antas vara ändamålet med regeln. Att regeln har ett visst ändamål är ett faktum som i princip kan fastställas. Men vidare torde rätten titta på andra liknande avgjorda fall. Det är fakta att sådana fall finns och att det finns likheter och olikheter mellan dessa fall och det fall som föreligger till bedömning. Rätten kanske också tittar på

³² Jfr avsnitt 1.4 och 3.6.6.

³³ Ekelöf: Rättegång IV s 195 och Bolding: Bevisbördan s 47. Bolding använder benämningen "rättskällefakta".

³⁴ Se också avsnitt 1.2 vid not 54.

begreppets innebörd i andra rättsregler. Har begreppet ifråga en annan betydelse på andra ställen i rättssystemet är detta också ett faktum.

Samtliga nu nämnda tolkningsfakta kan vara vägledande för rätten vid tolkningen i det föreliggande fallet och sålunda användbara vid den närmare preciseringen av rättssatsen. Preciseringen ifråga avgör vilka fakta i händelseförloppet som anses relevanta.

Det finns enligt mitt förmenande utöver tolkningsfakta och rättsfakta ytterligare en kategori fakta, vilka kan kallas *rättsskapande*.³⁵ Med rättsskapande fakta menar jag sådana fakta som ingår i en skapad rättssats som skall vara vägledande för andra fall.³⁶ Ett rättsskapande faktum ingår alltså som rekvisit i en konstruerad regel och utgör således inte ett tolkningsfaktum, dvs ett faktum bland många andra av betydelse för bestämmandet av innebörden av en rättssats. Det rättsskapande faktumet konstituerar en regel eller utgör moment i en regel och kan utgöras av ett subsumtionsfaktum, men det kan också — som jag snart återkommer till — gripas utanför processmaterialet. Utmärkande för ett rättsskapande faktum är vidare att det inte har åberopats — där ett sådant krav gäller — och kanske inte heller införts i målet. Det är detta som är anledningen till benämningen ”rättsskapande”. Ett sådant faktum har således en viss överraskningseffekt; man förväntar sig inte, m h t de processuella reglerna, att det skall kunna läggas till grund för domen.

I rättsfallet har ett rättsskapande faktum använts för att fastställa att Dick M handlagt det ifrågavarande avtalet. Normalt är det en bevisfråga om en viss person har upprättat ett visst avtal. I rättsfallet slås emellertid fast att bevisbördeargumentet och intresseargumentet har den rättsliga betydelsen att Dick M handlagt avtalet. Bevisbördeargumentet är överhuvudtaget inte infört i målet.³⁷ Intresseargumentet är däremot infört i målet, men inte åberopat. Säkerligen har HD:s argumentering överraskat parterna.

³⁵ Så också Seiter s 574, som använder uttrycket ”Rechtsfortbildungstatsachen”.

³⁶ Jfr Seiter a st.

³⁷ Angående begreppet ”införande” se nedan avsnitt 11.4. Från existensen av ett skuldebrev kan man — med rättsregler som premisser — sluta sig till vem bevisbördan åvilar, och man kan vidare i vissa fall sluta sig till att den som belastas av bevisbördan kommer att få bevisvärigheter. Men man kan inte, på grundval av ett skuldebrev, sluta sig till att en viss person handlagt ett visst avtal, och man kan heller inte sluta sig till att det *bör* förhålla sig på ett visst sätt. Bevisbördeargumentet är inte infört i målet genom ett vanligt slutledningsförfarande och kan heller inte vara det, beroende på att det är rättspolitiskt till sin karaktär; det går utöver faktapremisserna i målet.

Finns det i rättsfallet något subsumtionsfaktum? Om vi med ett subsumtionsfaktum menar ett faktum i ett händelseförlopp som underordnas ett rekvisit, synes bevisbördeargumentet inte vara ett subsumtionsfaktum, medan däremot intresseargumentet kan vara ett sådant. För att ett faktum skall kunna subsumeras under en rättssats bör väl detta verkligen vara ett faktum, d v s en beskrivning av en konkret händelse i ett händelseförlopp vilken motsvarar rekvisitet i den abstrakta regeln.

Bevisbördeargumentet hänvisar dock inte, som tidigare nämnts, till något konkret faktum i ett händelseförlopp, utan utgör en hänvisning till en abstrakt norm och dennas verkningar. Detta rekvisit i den skapande rättssatsen har sålunda inte någon motsvarighet i händelsefakta och man kan därför inte säga att en subsumtion förekommer.

Beträffande intresseargumentet finns vissa fakta vilka motiverar bedömningen att Dick M hade ett väsentligt intresse i avtalsförhållandet. Å andra sidan gäller inte denna regel på förhand utan skapas av HD. Det väsentliga intresset i det konkreta fallet subsumeras således inte under det på förhand uppställt rekvisit "väsentligt intresse". Man kan å andra sidan säga att HD först skapar regeln och sedan utför subsumtionen. Det väsentliga intresset kan därför sägas vara både ett rättsskapande abstrakt faktum och ett konkret subsumtionsfaktum.³⁸

Jag har ovan gjort en indelning av fakta i olika grupper. Låt oss rekapitulera indelningen och samtidigt undersöka om grupperna överlappar varandra.

Ett rättsfaktum har jag definierat som ett sådant faktum som domstolen tar ställning till vid bedömningen av om rekvisiten i en regel är uppfyllda, oavsett om rättsföljden sedan inträder eller ej.

Ett subsumtionsfaktum har angetts vara ett faktum i ett händelseförlopp som rätten tar ställning till vid bedömningen av om rekvisiten i en regel är uppfyllda. Huruvida rättsföljden sedan inträder saknar betydelse. Notera här att definitionen av begreppet subsumtionsfaktum inte förutsätter att en subsumtion sker. Ett subsumtionsfaktum är ett sådant faktum som *jämförs* mot ett rekvisit i en rättsregel. Om faktumet sedan i egentlig mening subsumeras, d v s *underordnas* rekvisitet, saknar betydelse för den ifrågavarande definitionen. Som framgick av introduktionskapitlet skulle man emellertid kunna kalla sådana subsumtionsfakta som inte subsumeras under en regel för materiellt negativa. Vanligtvis utgörs ett rättsfaktum av ett subsumtionsfaktum, men ett rättsfaktum behöver inte vara ett sådant faktum. För att återknyta till

³⁸ Jfr avsnitt 10.2 not 22.

rättsfallet utgör bevisbördeargumentet ett rättsfaktum som inte är ett subsumtionsfaktum.³⁹

Ett tolkningsfaktum har jag betecknat ett sådant faktum som domstolen tar ställning till vid bestämmandet av innebörden av rekvisiten i en rättssats.

Ett rättsskapande faktum har definierats som ett sådant faktum som ingår i en rättssats. Vidare har faktumet måhända införts i målet, men inte åberopats eller varken införts eller åberopats trots att man m h t de processuella reglerna kunnat förvänta sig både införande och åberopande.

Slutligen kan vi behålla begreppet rättstillämpningsfaktum i betydelsen av ett faktum som visar att en regel gäller.

Som framgick vid behandlingen av bevis-, rätts- och hjälpfakta i inledningskapitlet kunde en och samma omständighet vara bärare av flera olika funktioner. Förhåller det sig på samma sätt med ovannämnda fakta? Ja, åtminstone till viss del.

Ett tolkningsfaktum har angetts vara ett sådant faktum vilket är av betydelse för bestämmandet av innebörden hos en rättssats. Av tolkningsfakta finns dock olika sorter. Till att börja med finns sådana som hör till vad vi kan kalla *rättsordningens sfär*, t ex ett stadgandes likhet med ett annat stadgande, ett begrepps innebörd enligt olika regler, syftet bakom en regel, ett begrepps innebörd enligt praxis etc. Det är helt klart att sådana fakta inte ingår i det händelseförlopp som rättsligt skall värderas och att sådana fakta inte samtidigt kan vara rättsfakta i betydelsen av subsumtionsfakta.

Som framgick i inledningskapitlet kan emellertid i mer komplicerade fall den tillämpliga rättssatsen antas bli preciserad efter växelverkan, d v s rätten tittar ömsom på sakförhållandet och ömsom på normen för att till sist slutligt konkretisera rättssatsen.⁴⁰ Enligt denna teori om växelverkan får onekligen händelsefakta betydelse för tolkningen och preciseringen av normen. Ett rättsfaktum i betydelsen subsumtionsfaktum kan därmed samtidigt bli ett tolkningsfaktum. Samma faktum kan fö fungera både som bevis- och hjälpfaktum.

För att ett subsumtionsfaktum skall få användas som ett tolkningsfaktum kan rimligtvis inte krävas att det t ex "styrkts", även om nu detta beviskrav skulle gälla för faktumet i dess egenskap av rättsfaktum. Ett faktum i ett händelseförlopp vilket blott gjorts "möjligt" eller

³⁹ Angående begreppen subsumtionsfaktum och rättsfaktum, se även avsnitt 1.3.1.

⁴⁰ Se avsnitt 1.4.

”antagligt” bör kunna få betydelse vid tolkningen av en rättssats. Faktumet ifråga kan ju peka på en väsentlig konsekvens av en tänkt tillämpning av regeln och bör få möjlighet att inverka på rättsskapandet så att dessa konsekvenser beaktas. Detta är särskilt viktigt för prejudikatsbyldningen. Vad som däremot inte får ske, är att faktumet ifråga läggs till grund för domen i målet såsom ett rättsfaktum. För faktumet i denna egenskap måste det tillämpliga beviskravet beaktas.

11.3.3 Komplikationer

Enligt den processrättsliga systematiken skall rättsfakta i dispositiva mål åberopas. Som rättsfakta uppfattas då vanligtvis sådana fakta som jag har kallat subsumtionsfakta. Är ett sådant faktum ovisst griper en bevisbörderegeln in och anger åt vilket håll avgörandet skall gå. Vidare säger principen *iura novit curia* att rätten *ex officio* skall tillämpa lagen på i målet införda rättsfakta. Och i dispositiva mål gäller, som sagt, att rättsfakta skall vara åberopade. Har sålunda ett faktum blott införts som gör regeln B tillämplig i stället för regeln A, vilken är tillämplig, får domstolen inte tillämpa regel B.⁴¹

Nu kan emellertid bevisfrågor aktualiseras även beträffande tolkningsfakta och man kan dessutom ställa frågan i vad mån tolkningsfakta behöver åberopas. Vidare har framgått att vad jag kallat ”rättsskapande fakta” inte alls följer reglerna om åberopande och införande.

Vi skall i det följande närmare granska särskilt frågan om åberopandet bör avse även tolkningsfakta och rättsskapande fakta. Vägledning vid denna diskussion kan vi få genom att granska de skäl som bär upp åberopsbördan. Enligt Boman är det följande skäl som motiverar ett krav på åberopande:

1. RB 17:3 p 2 utgör en tillämpning av dispositionsprincipen. Eftersom parterna utanför rättegången har full frihet att reglera sina angelägenheter efter eget gottfinnande, bör samma möjlighet finnas för dem i process.⁴²
2. Om man tillämpar ett system med fördelad åberopsbörda, underlättar detta för parterna att bedöma vilka rättsfakta som kommer att få relevans i målet. Därmed underlättas även planeringen av den egna processföringen.⁴³

⁴¹ Angående principen *iura novit curia*, åberopande och materiell processledning se även avsnitt 1.6.

⁴² Boman s 18.

⁴³ A s 19.

3. Domaren kan misstänkas vara partisk, om han ex officio beaktar rättsfakta som endast är till förmån för ena parten.⁴⁴

4. Om allt som införts i målet kunde läggas till grund för domen skulle parterna bli tvungna att ta ställning till samtliga omständigheter i deras egenskap av rättsfakta, varigenom processen onödigtvis skulle kompliceras.⁴⁵

5. Ett system med åberopsbörda kan verksamt bidra till att processen begränsas till vad som verkligen är tvistigt.⁴⁶

6. Placeringen av åberopsbördan kan bidra till att realisera ändamålet med de materiella reglerna.⁴⁷

Med rättsfakta menar Boman fakta i ett händelseförlopp, d v s vad som traditionellt menas med rättsfakta.⁴⁸

Det finns inget lagstöd för att tolkningsfakta skulle behöva åberopas.⁴⁹ RB 17:2 säger att domen skall grundas på vad som förekommit under huvudförhandlingen och RB 17:3 p 2 säger att — i dispositiva mål — en omständighet som inte åberopats inte får läggas till grund för domen. Men härvid torde avses fakta i ett händelseförlopp d v s vad man normalt avser med begreppet rättsfaktum och således inte tolkningsfakta.

Förvisso är det också rimligt att det får finnas en exklusiv rättslig kompetens beträffande fakta hörande till vad som ovan kallats rättsordningens sfär (tex likhet med andra avgjorda fall, likhet med samma rättsbegrepp i andra författningar, stadgandets ratio, vad som är ändamålsenligt, vad som ur olika synpunkter är rättvist och rimligt etc). Jag vågar också påstå att domstolarna beaktar tex tidigare praxis även om nu denna inte skulle vara åberopad av parterna. Och det finns ju mycket goda skäl härtill. Vore domstolen bunden av de rättsliga argument som parterna lyckats hitta skulle vi inte få en enhetlig rättsutveckling. Avgörandet skulle komma att bero på vad parterna anfört i olika fall och domstolen skulle därmed kunna hindras från att titta på hur tex andra likartade fall tidigare bedömts. Parterna kan naturligtvis beröra rättsliga argument i sin plädering, men domstolen är inte bunden härav.

⁴⁴ A a s 22.

⁴⁵ A a s 23.

⁴⁶ A a s 25.

⁴⁷ A a s 48.

⁴⁸ A a s 231.

⁴⁹ Se Heuman: Process- och straffrätt för juridisk översiktskurs s 19: "Någon skyldighet att åberopa rättsregler, prejudikat och rättsliga argument finns inte."

Vad angår åberopandet skulle, ifall krav på ett sådant fanns för fakta av detta slag, förhandingen bli mycket tungrodd och långsam. Vidare skulle ett krav på åberopande i detta hänseende innebära att rätten vid uttolkningen av rättssatsen vore bunden av parternas argument och en sådan begränsad rörelsefrihet för rätten skulle medföra att möjligheterna för rätten att meddela lämpliga prejudikat skulle begränsas. Någon "ändamålsenlig rättsutveckling" skulle vi inte få då rätten alltid vore bunden av de argument som parterna råkat komma på. Dessutom skulle en sådan bundenhet strida mot principen *iura novit curia*.

Angående bevisningen kan sägas följande rörande fakta av denna typ. Man kan bevisa att en dom meddelats, att ett omtvistat rättsbegreppet förekommer i andra författningar, att det i förarbeten angetts att en regel har ett visst ändamål, men man kan inte bevisa vad som är rättvist, att det föreliggande fallet är så likt ett tidigare avdömt fall att fallen bör jämföras, att det omtvistade rättsbegreppet bör anses ha samma innebörd som samma rättsbegrepp i en annan författning. Vid tex ställningstagandet till likhet och olikhet kommer det alltid an på vad som anses vara väsentligt och oväsentligt och för att avgöra detta krävs tolkning. Man kan sålunda bevisa existensen av fakta, men inte deras betydelse. Vilken betydelse de får bedöms värderingsmässigt med beaktande av samtliga relevanta faktorer. De har sålunda inte en sådan entydig betydelse att de kan infångas i ett teoretiskt sannolikhetsresonemang.

Även om man klart kan skilja ut vissa tolkningsfakta som rätten får beakta ex officio, dvs sådana som hör till rättsordningens sfär, finns det andra tolkningsfakta som erbjuder problem i nu aktuellt avseende. Vi har nämligen sådana fakta i ett händelseförlopp vilka, samtidigt som de utgör händelsefakta, kan beaktas enbart som tolkningsfakta (se ovan om växelverkan). Sådana fakta hör inte till rättsordningens sfär, i varje fall inte enbart, och frågan uppkommer om de behöver åberopas. Vi kan således tänka oss att ett händelsefaktum används som ett tolkningsfaktum, utan att samtidigt användas som ett subsumtionsfaktum. Jfr följande resonemang: "Med hänsyn bl a till händelserna X och Y bör rättsbegreppet Z här ges en något annorlunda tolkning p g a att tredje man i annat fall kommer att drabbas alltför hårt." Händelsefakta X och Y har så s s lyfts upp till tolkningsplanet och utgör argument för att en regel inte är tillämplig. Det är fö möjligt att konstruera rätts-tillämpningen så, att den inte alls anknyter till händelsefakta i det aktuella fallet. Man kan säga så här: Händelser av typen X och Y utgör skäl för att rättsbegreppet Z bör ges en något annorlunda tolkning. Man kan alltså låtsas som om man inte använt sig av fakta i händelseförloppet till att tolka rekvisitet, utan i stället ge sken av att det alltid

varit på det viset att rekvisitet haft den ifrågavarande innebörden och att det sålunda är en tillfällighet att händelserna X och Y råkat inträffa just i det föreliggande fallet. Om vi emellertid tänker oss, att det i förarbetena till lagen skulle stå att händelser av typen X och Y bör beaktas vid tolkningen av rättsbegreppet Z, saknar händelsefakta anknytning till konstruktionen ifråga, utan att det rör sig om en fiktion.

Man kan nu mena att dessa fakta, X och Y, inte behöver åberopas, ty vad rätten gör är att den uttolkar den gällande rätten och att den härvid, precis som vid användningen av andra rättsliga argument, inte bör vara bunden av vad parterna åberopat. I sak är det ju egentligen inte någon skillnad mellan detta fall och sådana fall där rätten hämtar argument från rättsordningens sfär, och man kan med fog ställa frågan varför ett krav på åberopande skulle gälla. Vad särskilt angår det fallet att det i förarbetena finns uttalat att händelser av typen X och Y bör beaktas vid tolkningen av rättsbegreppet Z, så är ju detta i realiteten också ett argument som kommer från rättsordningens sfär. Det speciella här är endast att argumenten råkar sammanfalla med inträffade händelsefakta.

Det förefaller som om utgångspunkten för reglerna om åberopandet är att vi först tolkar en regel och sedan subsumerar fakta i ett händelseförlopp under den genom tolkning preciserade regeln. Härvid hålls då en klar gränslinje mellan å ena sidan rättsliga argument — tolkningsfakta — som rätten får beakta ex officio och å andra sidan fakta som rätten får beakta endast efter åberopande. Vidare tycks förutsättas att de fakta som skall åberopas — rättsfakta — inte samtidigt kan vara tolkningsfakta. När jag själv tidigare i framställningen definierade begreppen rättsfaktum, subsumtionsfaktum och tolkningsfaktum, utgick jag också ifrån det ovan beskrivna schemat. Denna demarkationslinje blir emellertid svår att upprätthålla om vi utgår ifrån att normer konstitueras efter växelverkan; att rätten vid konstruktionen av den juridiska översatsen ömsom tittar på normen och tolkningsfakta hörande till rättsordningens sfär och ömsom på fakta i händelseförloppet. Vid en sådan växelverkan kommer händelsefakta att kunna fungera som tolkningsfakta.

Jag vill naturligtvis inte påstå att det alltid tillgår som ovan beskrivits. Ibland är ju reglernas innebörd tämligen klar. I så fall finns sås en färdig regel och åberopandet bör därvid avse förutsättningarna för tillämpningen av denna regel. Andra gånger däremot, kan fakta i händelseförloppet peka på tex de menliga konsekvenserna av en viss lösning och lyftas upp till tolkningsplanet. Förmodligen kan man göra

distinktioner mellan olika grupper eller typer av fakta och därvid finna att vissa bör betraktas enbart som tolkningsfakta, medan andra bör betraktas som enbart rättsfakta vilka bör åberopas. I denna framställning finns emellertid varken tid eller plats för en sådan analys. Jag vill också tillägga att frågan hur man förlägger gränsen mellan olika typer av fakta ytterst beror på hur långt man önskar att partsinflytandet skall sträcka sig eller, annorlunda formulerat, hur vidsträckt man önskar att den rättsliga kompetensen skall vara. Man kan i och för sig kräva ett åberopande av vissa tolkningsfakta, men detta sker i så fall på bekostnad av rättens möjlighet att ge den materiella rätten ett lämpligt innehåll. Vilken ställning man intar till dessa frågor beror sist och slutligen på vad man anser bör vara processens funktion: konfliktlösning eller handlingsdirigering. Härtill återkommer jag i nästa avsnitt.

11.3.4 Om rättsskapande fakta och åberopandet

Jag har ovan talat i huvudsak om tolkningsfakta. Vad bör i aktuellt hänseende gälla för rättsskapande fakta? Till skillnad från tolkningsfakta så används dessa inte som hjälpmedel för att tolka ett rättsbegrepp, utan de används till att konstruera en regel. Rättsskapande fakta ingår som rekvisit i en regel och inte som moment bland flera andra vilka används vid tolkningen av ett rättsbegrepp. Nu är förvisso gränsen mellan tolkningsfakta och rättsskapande fakta flytande; ett tolkningsfaktum kan ju betraktas som rättsskapande. Skillnaden ligger emellertid i att vi antas få en explicit regel uttryckt av rättsskapande fakta; det rör sig m a o med Engisch terminologi om subordination.

Låt oss nu anta följande. HD finner vid överläggning till dom att ett vägledande avgörande kan ges om faktum A, som inte åberopats, subsumeras under den tillämpliga rättssatsen. Är det rimligt att kräva att detta faktum skall åberopas?

När jag i det följande diskuterar denna fråga begränsar jag mig till HD och denna domstols rättsskapande funktion. HD skall avgöra mål som är till vägledning för rättstillämpningen. Mot denna handlingsdirigerande funktion står den konfliktlösande. Bygger nu de skäl som enligt Boman bär upp åberopsbördan på konfliktlösning eller handlingsdirigering? Och om de bygger på konfliktlösning, är de då hållbara m h t att HD:s verksamhet skall vara handlingsdirigerande?

Det är enligt min bedömning ganska tydligt att de skäl som bär upp åberopsbördan bygger på att rättsskipningen skall vara konfliktlösande. Enligt det första argumentet skall domstolen döma på det material som

parterna åberopat. Skall emellertid rättskipningen vara handlingsdirigerande kan det vara lämpligt att grunda avgörandet på ett faktum som inte alls är infört (jfr bevisbördeargumentet) eller på ett händelsefaktum som väl är infört men inte åberopat (jfr intresseargumentet). Och beträffande skäl två kan man utifrån den handlingsdirigerande aspekten säga att det är likgiltigt om parterna kan bedöma vilka fakta som bör äga rättslig relevans. Det väsentliga ur denna synpunkt är i stället att sådana fakta läggs till grund för domen som är vägledande för andra likartade fall. Och domaren kan då, enligt skäl 3, som tjänare av ett allmänt samhällsintresse, aldrig misstänkas ta parti för ena parten. Han löser ju inte konflikter mellan enskilda utan stipulerar hur det skall förhålla sig i framtida fall.

Vidare är det angående argument 5 den handlingsdirigerande aspekten som bör avgöra med vilka argument tvisten skall lösas. Parterna bör då inte ha något inflytande häröver, genom att i så fall rätten kan bli bunden av argument som är värdelösa ur en handlingsdirigerande synpunkt. Beträffande argument 6 kan man säga att det förhållandet att det finns en åberopsbörda i stället hindrar en ändamålsenlig rättsutveckling. Den lägger en död hand över ett rättsskapande som är nödvändigt, genom att HD alltid måste begränsa sig till av parterna åberopade rättsfakta. Sker inget åberopande kompliceras inte heller rättegången enligt argument 4, eftersom parterna i så fall inte behöver ta ställning till vilken egenskap olika omständigheter har. Ja, man kan faktiskt säga att åberopsbördan i stället komplicerar rättegången eftersom det, som vi sett, är svårt att avgränsa rättsfakta från tolkningsfakta. Dessutom kan, vilket också framhållits, bevis- och hjälpfakta även fungera som rättsfakta samtidigt som det kan vara mycket svårt att skilja mellan bevis- och rättsfakta, vilket inte precis underlättar att identifiera åberopandets föremål.⁵⁰

Jag har här avsiktligt polariserat motsättningen mellan å ena sidan reglerna om åberopandet och å andra sidan principerna om konfliktlösning resp handlingsdirigering, och de argument jag anfört är avsiktligt tillspetsade. Det jag i detta sammanhang velat framhålla är emellertid att ett krav på åberopande motverkar intresset av en rättskipning som bör vara handlingsdirigerande. Man finge räkna med att ett strikt krav på åberopande hos HD skulle medföra att rättsutvecklingen bromsades upp, att rätten skulle stagnera, bli död och livlös. Det krävs på rättens område ett ständigt framåtskridande, att den anpassas

⁵⁰ Se avsnitt 1.3.2.

till hur samhället och vanorna i detta förändras. Nya rättssatser måste därför få utvecklas och vi måste tillåta språng i rättsutvecklingen. Det bör därför vara tillåtet för HD att till grund för en dom lägga rättsskapande fakta som inte åberopats.⁵¹

Men hur bör det då förhålla sig med åberopandet i lägre instanser? Jag anser att det bör förhålla sig på följande sätt. Om HD till grund för en dom lagt ett rättsskapande faktum som inte åberopats och därvid konstruerat en ny rättssats, bör som sagt något åberopande inte krävas i "skapelseögonblicket", men härefter bör omständigheten i nya likartade fall åberopas. HD (eller motsvarande) bör alltså få gå före och skapa rättssatser, men de fakta som lagts till grund för denna rättsats bör åberopas i andra liknande fall.⁵²

Förutom att ett strikt krav på åberopande motverkar rättsskapandet finns andra — rättsteoretiska och rättstekniska svårigheter — förknippade med åberopandet. Jag skall i korthet nämna två problem, varav det ena rör rättsskapandet och svårigheten att dra en gräns mellan rättsfaktum och rättsregel och det andra att hitta kriterier på vad som utgör *en* regel.

Antag att en kärande gör gällande att ett "köp" skett och därvid åberopar omständigheterna A och B. Rätten kommer i sådant fall att jämföra fakta A och B med den regel som anger förutsättningarna för "köp". Låt oss nu anta att rätten finner att åberopade fakta helt saknar relevans, beroende på att den regel som anger förutsättningarna för köp anger att fakta C och D måste föreligga. Rätten kommer i sådant fall att ogilla käromålet, utan att svaranden behöver åberopa att fakta C och D saknas. Domstolen tillämpar här grundsatsen *iura novit curia* och tillämpar *ex officio* lagen på fakta i målet.

Låt oss nu i stället anta följande. I ett mål rörande påstådd culpa åberopar kändanden fakta K och L, men inför endast fakta M och N.

⁵¹ Jfr emellertid Seiter som menar att rätten är skyldig att låta parterna få tillfälle att uttala sig om fakta av denna typ (s 589) och att bevisbörderegler skall användas på dem (s 591). Han säger emellertid samtidigt att rätten i en *non-liquet* situation kan välja att fylla ut rättssatsen på annat vis.

⁵² Det finns naturligtvis ibland möjlighet att genom en effektiv materiell processledning locka fram ett åberopande av sådana fakta som domstolen tänker lägga till grund för en rättssats. Jag tror emellertid inte att den materiella processledningen är tillräcklig i det ifrågavarande avseendet. Vissa fakta ligger nämligen utanför den krets av sådana fakta som parterna *förväntar sig* skall komma att bli avgörande (jfr bevisbörde- och intresseargumentet) och det kan därför vara svårt att få fram ett åberopande beträffande sådana fakta. Vidare torde HD ibland först vid överläggning till dom kunna sätta fingret på de avgörande argumenten och då är det för sent för ett åberopande.

Vi antar vidare att det finns en regel som säger att ifall fakta M och N i en viss situation föreligger, så är en handling att betrakta som culpös. Liksom i köpexemplet kommer rätten i detta fall att ex officio tillämpa lagen och ogilla käromålet: käranden har ju inte åberopat fakta M och N. Observera emellertid att rätten, även när den ogillar käromålet, tillämpar regeln innehållande förutsättningarna M och N.⁵³ Kravet på åberopande gäller nämligen inte *själva regeln*, utan de *fakta* vilka motsvarar förutsättningarna i en regel. Regeln ifråga tillämpas således både när fakta ifråga åberopats och när de inte åberopats, men har fakta inte åberopats döms rättsföljden inte ut.

Nu antar vi följande. Det är ett svårbedömt fall. Rätten *konstruerar* av införda, men ej åberopade fakta, en regel innehållande rekvisiten M och N. Nog verkar det konstigt om rätten i ett sådant fall skulle säga att kärandens talan inte kan vinna bifall p g a att fakta M och N inte ens påståtts. Det är ju svårt för part att förutse vilka fakta som rätten kommer att lägga till grund för en regel och *ställs här ett krav på åberopande gäller detta i realiteten inte blott fakta utan själva regeln*.

Antag slutligen att käranden i ett skadeståndsmål åberopar fakta A och B. Svaranden nämner, men åberopar inte fakta X och Y. Antag nu att det finns en regel som säger att en handling i en viss situation är culpös om fakta A och B föreligger, *såvida inte samtidigt fakta X och Y är för handen*. Antag vidare att käromålet ogillas fastän svaranden inte åberopat X och Y. Finns det något att invända mot detta? Ja, man skulle kunna säga att X och Y tillsammans utgör ett *motfaktum*, d v s en sådan omständighet som medför att den av käranden åberopade grunden inte har den rättsliga betydelse som den eljest skulle ha, och att domstolen inte får beakta fakta X och Y utan att de åberopats av svaranden.⁵⁴ Men man skulle också kunna säga att kärandens grund består av samtliga positiva och negativa förutsättningar A, B, -X och -Y. Någon ledning för ställningstagandet till denna fråga ger inte begreppet "grund", vilket av Boman används som beteckning "på de rättsfakta, vilka erfordras för att käranden i första omgången skall ha fullgjort sin åberopsbörda".⁵⁵ Enligt definitionen synes frågan om åberopandets fördelning i det aktuella sammanhanget vara löst sedan man bestämt grunden. Vidare är begreppet motfaktum definierat på sådant sätt att det förutsätts finnas en *färdig grund*, vars verkan kan upphävas av ett motfak-

⁵³ Angående begreppet rättstillämpning, se avsnitt 1.3.1.

⁵⁴ Jfr Boman s 101 f. Boman diskuterar ett liknande fall, där käranden har åberopsbördan för icke-A, men ej åberopat denna omständighet. I stället har svaranden åberopat (alltså ej blott nämnt) A. Enligt Boman får i så fall domstolen inte grunda sitt avgörande på icke-A, såvida inte käranden förnekat A. Förnekandet får vidare inte ha mindre omfattning än det försummade åberopandet skulle ha haft.

⁵⁵ Boman s 138.

tum.⁵⁶ Frågan hur grunden bör struktureras är dock långtifrån givet. I doktrinen använder man sig i detta sammanhang av ganska enkla exempel, tex en köpare åberopar fel i vara och säljaren åberopar motfaktumet för sen reklamation. I ett sådant fall aktualiserar för sen reklamation en helt annat regel, som kan återfinnas på ett annat ställe i lagboken än regeln om "fel i vara" och det är i sådana fall enkelt att skilja mellan kärandens grund resp svarandens motfaktum. Om det emellertid rör sig om *samma* abstrakta rättsfaktum, tex culparegeln och denna i praxis preciserats mot en viss *specifik regel* angivande att om A och B, men ej X och Y, så föreligger ej culpa, så kan ju fakta A och B samt icke-X och icke-Y uppfattas som *ingående i grunden*. Om vi uppfattar detta som *en* regel har domstolen, liksom i det inledningsvis angivna köpexemplet, att ex officio tillämpa den ifrågavarande regeln, utan att något åberopande krävs från svarandens sida. Uppfattar vi däremot A och B som konstituerande en regel utgör A och B grunden för käromålet. X och Y kommer i så fall att betraktas som rekvisit i en undantagsregel och utgör därmed konkreta motfakta vilka bör åberopas. För att kort sammanfatta, så blir reglerna om åberopandet svåra att tillämpa så länge vi inte har fasta kriterier på vad som utgör en regel. Detta innebär bl a att åberopandets gräns mot principen iura novit curia blir vag och flytande.

11.4 Ännu ett exempel på HD:s rättsskapande

Det sista rättsfallet som jag tar upp är NJA 1981 s 1255. Rättsfallet kommer bl a att visa hur ett hypotetiskt bevisresonemang "bäddar" för avgörandet av rättsfrågan. I rättsfallet har vi att göra med lokutionen "haft anledning räkna med". Detta är ett rättsbegrepp som i sin naturliga betydelse hänvisar till en sannolikhetsbedömning, men som kan ges

⁵⁶ Nämnas kan här att en förutsättning för Bomans resonemang (se not 54 ovan) är att icke-A inte utgör ett individualiseringsmoment i grunden. Men kan man säga att det brister i individualiseringen om ett faktum i grunden inte åberopas? Eftersom det är grunden som individualiseras beror svaret på frågan vad man avser med grund. Menar man med grund ett *saksammanhang* och inget mer än detta, så kan ju grunden vara fullständigt angiven, utan att den kan rättsligt kvalificeras som part påstått. Kanske menar en kärande att det av honom påstådda saksammanhanget konstituerar culpa, vilket enligt gällande rätt dock inte är fallet. Om med grund däremot menas *rättsligt relevant grund*, vilket synes vara fallet eftersom motfakta antas kunna aktualiseras först efter en färdigt bildad grund, kan man ju i och för sig säga att det brister i individualiseringen eller att grunden eljest är ofullständigt angiven om part åberopat fakta vilka saknar rättslig relevans. Huruvida en sådan brist föreligger avgör i så fall rätten ex officio enligt principen iura novit curia. Notera vidare att ett motfaktum är ett abstrakt rättsfaktum, vilket kan uppdelas på konkreta motfakta (= konkreta rättsfakta).

en rättslig betydelse varvid sannolikheten inte blir avgörande för utgången. I rättsfallet ges begreppet ifråga en rättslig betydelse och jag övergår nu till att referera rättsfallsrubriken:

A sålde tre registerfastigheter till B. Efter köpet framkom att ett av skiftena var väsentligt mindre än kartan utvisade, varför köparen yrkade nedsättning av köpeskillingen. Frågan uppkom härvid om B med hänsyn till omständigheterna, särskilt vad som framkommit vid ett samtal med säljaren, haft anledning räkna med att skiftet hade samma omfattning som den ekonomiska kartan utvisade (JB 4:19).

Käranden åberopade som andrahandsgrund — denna är den relevanta för avgörandet — att ”nämnden med hänsyn till vad som förekom i samband med köpet hade anledning räkna med att kartans visning var riktigt. Motparten invände att vad som förekom vid köpet inte kunde grunda rätt för nämnden till nedsättning av köpeskillingen. Jag nämner detta därför att vi senare närmare skall se på det faktum som lagts till grund för avgörandet.

Av intresse i sammanhanget är följande avsnitt ur HD:s domskäl, vilket citeras utförligt för förståelsen av rättsfallet och det därpå följande resonemanget:

”...” Av avgörande betydelse för tvistens bedömning blir det samtal som ägde rum mellan Aronsson och Pål H. Aronssons besök hos Pål H föranleddes av att han vid sin värdering av fastigheterna inför lantbruksnämndens köp hade blivit osäker om gränserna för det ifrågavarande skiftet, eftersom han inte hade funnit några råmärken i enlighet med den ekonomiska kartans visning men däremot en tydlig beståndsgräns tvärs över skiftet. Han ville därför genom en förfrågan hos säljaren förvissa sig om att kartans visning inte var felaktig.

Det är inte möjligt att nu på grundval av vad Aronsson och Pål H berättat i detalj fastställa vad som utspann sig vid deras samtal. Klart är emellertid att Aronsson för Pål H uppgav, att han inte hade kunnat finna några gränsmarkeringar där gränsen enligt kartan skulle gå, och att Pål H, som visste att gränserna på platsen var ganska dåligt utmärkta, förklarade att det aldrig hade rått någon osäkerhet om gränsernas sträckning. Det synes också ha varit tal om avverkning. Aronsson, som troligen utgick från att Pål H visste hur det såg ut på platsen, tycks dock inte ha upplyst denne om att en kalavverkning ganska nyligen hade ägt rum på den södra delen av det område som enligt kartan tillhörde skiftet. Om Aronsson hade gjort detta klart för Pål H, måste antas att denne, som visste att någon sådan avverkning inte skett från dödsboets sida, skulle ha reagerat och att en närmare diskussion om förhållandena på skiftet skulle ha uppkommit.

Vad som förekom vid samtalet kan inte anses innefatta någon utfästelse från Pål H:s sida i fråga om skiftets gränser eller areal. Att Aronsson inte tydligt klargjorde sina iakttagelser för Pål H medför att dennes uttalanden om gränserna inte kan tillmätas särskild betydelse vid sidan av vad som eljest förekom under köpeförhandlingarna. Med hänsyn härtill har lantbruksnämnden inte på grund av Pål H:s uttalanden haft anledning att vid köpet räkna med att skiftet hade den omfattning som kartan utvisade" (min kurs).

Som tidigare framhållits kan "vad någon haft anledning räkna med" bedömas utifrån vad en person givet vissa fakta erfarenhetsmässigt har anledning räkna med.⁵⁷ För att bedöma frågan behöver man således inte dra in rättsliga aspekter, utan frågan kan bedömas som en kunskapsfråga. Detta är begreppets naturliga betydelse. I enlighet med denna utgångspunkt kan vi betrakta Pål H:s uttalande "att det aldrig rått någon osäkerhet om gränsernas sträckning" som ett bevisfaktum för att Aronsson haft anledning räkna med överensstämmelse mellan skiftet och den ekonomiska kartan. Den omständigheten att ekonomiska kartor oftast visar rätt kan man betrakta som ett hjälpfaktum, vilket ökar tilltron till Pål H:s utsaga, eller som ett självständigt bevisfaktum för temat ifråga. Om man utgår ifrån att vad lantbruksnämnden haft anledning räkna med skall betraktas som en sakfråga har onekligen nämnda omständigheter ett betydande bevisvärde och skulle begreppets naturliga betydelse ha använts på det angivna sättet skulle lantbruksnämnden sannolikt ha vunnit målet.

HD säger emellertid att uttalandet av Pål H inte kan tillmätas särskild betydelse eftersom Aronsson inte klargjorde sina iakttagelser. Att Aronsson underlät att tydligt klargöra sina iakttagelse förtar på något vis verkan av Pål H:s uttalande. Men vilken karaktär har denna exkludering? Har vi att göra med ett motbevis? Eller är det frågan om ett negativt hjälpfaktum som drastiskt sänker uttalandets bevisvärde? Eller är det något annat?

Till att börja med kan konstateras att vi inte har att göra med en positiv omständighet, utan i stället med en *underlåtenhet* att företa en viss språkhandling. Vår erfarenhet säger oss dock inte att uttalandets bevisvärde blir lägre av nämnda underlåtenhet. Erfarenheten säger oss överhuvudtaget ingenting om detta. Vad erfarenheten möjligen kan säga oss är att Aronssons iakttagelser *i sig* borde ha gjort honom tveksam till Pål H:s utsaga. Erfarenhetssatserna anger samband mellan fakta, men de anger inte vad någon *bör* göra. De kan visserligen ut-

⁵⁷ Se avsnitt 3.5 vid not 49.

göra *skäl* till att man bör handla på ett visst sätt, men huruvida de utgör sådana skäl är inte en kunskapsfråga utan en värderingsfråga.

Frånvaron av fakta kan ha betydelse för bevisbedömningen. Ju mindre vi vet desto *osäkrare* blir bedömningen.⁵⁸ Nu kan sägas att Aronssons underlåtenhet skapar denna frånvaro av bevisfakta. Men tillskapandet av bevisfakta förutsätter i så fall att man anser att Aronsson *borde* ha varit aktiv och härmed kommer vi in på vad det i realiteten handlar om. När HD skjuter in denna passus "... inte tydligt klargjorde ..." säger HD samtidigt indirekt att *Aronsson borde ha klargjort sina iakttagelser*. Genom att denna passus inskjuts har vi lämnat bevisbedömningens teoretiska fält och kommit in på vad som *bör* gälla.

Men hur kommer HD in på detta böraresonemang? Detta sker genom ett hypotetiskt bevisresonemang. HD säger att ifall Aronsson hade klargjort sina iakttagelser, så måste det "antas" att Pål H, som visste att någon sådan avverkning inte förekommit, skulle ha reagerat, och att en närmare diskussion om förhållandena på skiftet skulle ha uppkommit. Detta hypotetiska resonemang är bevisrättsligt. Ett tänkt klargörande från Aronssons sida har bevisvärde för att Pål H skulle ha reagerat. Resonemanget är alltså: Om Aronsson hade klargjort sina iakttagelser, så måste antas att en diskussion skulle ha uppkommit, varvid klarhet erhöles beträffande skiftets gränser. Aronsson klargjorde inte sina iakttagelser — vilket han borde ha gjort — varför lantbruksnämnden inte haft anledning att räkna med överensstämmelse mellan karta och skifte.

HD ger här begreppet "haft anledning räkna med" en särskild juridisk innebörd. Begreppet ifråga har preciserats ungefär på följande sätt: En fastighetsköpare, som inte tydligt klargör sina iakttagelser, har inte anledning räkna med en viss egenskap hos fastigheten. Detta är med Engisch terminologi subordination, dvs konstruerandet av en rättsats, en fallgrupp under vilken tillkommande fall kan subsumeras och den kan sålunda tjäna till vägledning för rättstillämpningen.⁵⁹

Att domstolen inte betraktat frågan som en sakfråga innebär att den inte intresserat sig för vad Aronsson och lantbruksnämnden *faktiskt* haft anledning räkna med. I varje fall är detta inte utslagsgivande. Att frågan om vad lantbruksnämnden haft anledning räkna med hänförs till rättsfrågan innebär att Pål H:s uttalande inte bör kunna betraktas som ett bevisfaktum, liksom inte heller kartan kan anses ha något bevis-

⁵⁸ Jfr avsnitt 9.4.4.

⁵⁹ Angående subordination, se avsnitt 10.2.

värde. Genom att begreppet preciserats på det sätt som skett blir dessa fakta irrelevanta. Man kan dock inte vara övertygad om att domstolen resonerar på detta vis, dvs att den indelar frågor och argument i klart åtskilda fack. Det är möjligt att HD betraktat nämnda omständigheter som bevisfakta för vad lantbruksnämnden haft anledning att räkna med såsom varande en sakfråga, men att normativa argument sas slagit ut dessa bevisfakta. Det är också möjligt att D beaktats vad lantbruksnämnden faktiskt haft anledning att räkna med men att det också ansetts lämpligt att ge begreppet en särskild juridisk innebörd. I så fall ligger erfarenhetssatserna som moment i den juridiska översatsen.

Inledningsvis angav jag hur grunderna hade formulerats. Svaranden har åberopat att vad som förekom vid köpet inte kan grunda rätt för käranden till nedsättning av köpeskillingen. Den konkreta omständigheten — det rättsskapande rättsfaktumet — att Aronsson inte klargjorde sina iakttagelser har dock inte åberopats. Omständigheten har emellertid införts i målet.

Angående införandet av en omständighet skall här påpekas att rätten genom slutledningar kan föra in omständigheter i målet. Från faktum A som är infört i målet kan rätten sluta till faktum B, som då blir infört i målet o s v.⁶⁰ På detta sätt kan rätten i och för sig föra in en mängd omständigheter i ett mål. Av rättsfallet ser vi också hur den omständigheten att Aronsson inte tydligt klargjorde sina iakttagelser förts in genom en slutledning. Överhuvudtaget innebär HD:s hypotetiska resonemang i sin helhet att en mängd fakta införts i bedömningsmaterialet. Nu finns emellertid den regeln att rättsfakta bör åberopas. Detta krav sätter tydligen en gräns för vilka införda fakta som får beaktas. Och ganska snart torde rätten vid slutledningar genom vilka fakta införs komma till ett rättsfaktum. På detta vis blir kravet på åberopande ett hinder mot att domstolen sas ex officio blåser upp materialet genom en mängd slutledningar. Detta är en fördel med kravet på åberopande. Jag vidhåller dock mina inskränkningar i åberopskravet, och menar att HD m h t sin rättsskapande funktion bör få gå tillväga på sätt som skett i rättsfallet.

Jag skall slutligen angående detta fall säga något om möjligheterna att enligt det logiskt-begreppsliga kriteriet dra en gräns mellan fastställandet av fakta och subsumtion. Rättssatsen är här "... haft anledning räkna med ...". Att Aronsson inte tydligt klargjorde sina iakttagelser utgör tydligen ett rättsfaktum. Kan man nu skilja mellan fastställandet av detta faktum och subsumtionen under rättsbegerppet ifråga? Såvitt jag kan bedöma är detta inte möjligt. Man kan inte ta ställning till om

⁶⁰ Se härom Boman s 19.

Aronsson klargjort sina iakttagelser tillräckligt tydligt, utan att samtidigt ta ställning till rättsfrågan hur tydligt ett klargörande av iakttagelserna enligt rättssatsen bör vara. Och dessa båda frågor går inte att särskilja, beroende på att vi saknar tillgång till exakta begrepp. Det ligger sålunda här en rättslig värdering i fastställandet av faktum: Aronsson klargjorde inte sina iakttagelser så tydligt som han enligt rättssatsen borde ha gjort för att ha anledning ... och fastställandet av detta faktum går hand i hand med den rättsliga värderingen att klargörandet inte var tillräckligt tydligt.

11.5 Sammanfattning

I detta kapitel har jag analyserat tre rättsfall med avseende på gränsdragningen mellan faktum och rätt och vissa därtill anknyttande frågor.

Av den första rättsfallsanalysen framgick, att ett rättsbegrepp kan preciseras mot en stor mängd enskilda fakta och att dessa fakta ur rättsteoretisk synpunkt är att betrakta som rättsfakta på vilka vi har att tillämpa bevisbörderegler. I detta sammanhang gjordes gällande att den sk falska och äkta bevisbördan inte behöver sammanfalla, att den abstrakta bevisbördan inte är identisk med den äkta bevisbördan för konkreta fakta i det individuella fallet, och att man måhända stundom förväxlat den äkta bevisbördan med den abstrakta, beroende på att man inte observerat att abstrakta rättsbegrepp upplöses på konstituerande fakta.

Det visades också att vi, när vi upplöser rättsbegrepp på en mängd enskilda fakta, kan få problem med sannolikhetsuppskattningen. Av denna anledning diskuterades frågan om vi inte kunde avstå från kumulationsmodellen och i stället betrakta fakta i ett händelseförlopp som bevisfakta. Jag kom fram till att vi borde behålla rättsfaktumklassifikationen, men att vi, när ett rättsbegrepp har stor saklig överbyggnad, under vissa förutsättningar kan använda oss av bevismodellen.

I det rättsfall som närmast analyserades tog jag bl a upp frågan om gränsdragningen mellan tolknings- och subsumtionsfakta. Jag fann där att fakta i ett händelseförlopp kan användas som tolkningsfakta och ställde frågan om de i sådant fall borde åberopas. Jag menade att ifall sådana fakta lyftes upp till rättsordningens sfär, ett krav på åberopande rimligtvis inte borde gälla, men att frågan slutligen måste lösas mot bakgrund av hur vidsträckt kompetens man önskar att domstolen skall ha.

I kapitlet har även nämnts ett slags fakta vilka har kallats rättsskapande. Det hävdades att dessa i praxis inte alltid tycks följa reglerna om åberopande och införande, men att det borde få vara på detta sätt i HD, eftersom ett strikt krav på åberopande och införande skulle motverka HD:s funktion: att leda rättsutvecklingen. Avslutningsvis diskuterades i detta avsnitt problem med att dra en gräns mellan regel och rättsfaktum samt svårigheterna att avgränsa grunden för ett käromål. Jag konstaterade att dessa problem hade ett intimt samband med principen *iura novit curia* och att lösningen av avgränsningsfrågorna påverkar åberopandets omfattning.

Till sist diskuterades ett rättsfall där HD genom ett hypotetiskt bevisresonemang slutligen kom fram till ett rättsfaktum, vilket inte åberopats av part. Även detta faktum betraktades som rättsskapande.

12 Gränsdragningen mellan sak- och rättsfråga i några olika fall

12.1 Inledning

I detta avslutande kapitel kommer jag att analysera gränsen mellan sak- och rättsfråga i några särskilda regler. Först tar jag upp omröstningsregeln i RB 16:2 st 2 p 2, därefter fastställelsealan, och till sist frågan hur gränsen mellan sak- och rättsfråga lämpligen bör dras i sådana fall där det inte är möjligt att skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. Innan jag inleder framställningen vill jag framhålla att de nämnda reglerna är mycket svårtillämpade och att den analys som här ges långt ifrån är fullständig och att den sker mot bakgrunden av gränsen mellan faktum och rätt.

12.2 Omröstning enligt RB 16:2 st 2 p 3

I tredje punkten stadgas följande: "Äro beträffande samma käromål fråga om flera omständigheter, som var för sig äro av omedelbar betydelse för utgången, skola de, såvitt sakens beskaffenhet påkallar det, uppställas till särskild omröstning.

I gamla RB fanns den regeln att vota för sluten sammanräknades utan hänsynstagande till att olika domare kunde ha olika grunder för sina slut. Denna regel var enkel att tillämpa och kunde också i viss mån försvaras med att om alla domare var eniga om slutet, det också var riktigt att döma härefter. Det befanns dock otillfredställande att inte grunderna fick vara avgörande. Ett avgörande — resonerade man — borde vara lagligen grundat och därför borde det i stället föreligga majoritet för grunderna. Av denna anledning bestämdes det att utgången skulle bestämmas efter grunderna för sluten, och inte efter sluten oberoende av grunderna.¹ På detta sätt tog man också, menade

¹ Motiven s 194. Befrämlar en omröstning efter grunderna en materiellt riktig dom bättre än en omröstning efter sluten? Larsson har i en artikel (Omröstningsförfarandet i tvistemål, några anmärkningar; i Filosofiska studier tillägnade Konrad Marco-Wogau s 140-148) diskuterat bl a denna fråga.

man, bäst tillvara på den samlade kapaciteten i domstolen, eftersom varje domare tvingas att ta ställning till, inte bara slutet, utan även till skälen för detta.²

I stadgandet åsyftas med "omständighet" ett faktum som enligt den materiella lagstiftningen är förenad med en viss rättsföljd.³ Som exempel på faktiska omständigheter nämner Gärde "reklamation", "försträckning" och "fel i vara".⁴ Ungefär samma exempel finns i motiven.⁵ Om således flera konkreta rättsfakta i förening aktiverar ett rekvisit får dessa fakta inte uppställas till särskild omröstning. Detta uttalas också klart av Gärde som säger att "i sådana fall är allenast fråga om ett moment i ett rättsfaktum; detta moment kan dock icke i och för sig utan först i samband med andra omständigheter utgöra grund för den påstådda rättsföljden".⁶ Om bevisfakta får inte röstas särskilt.⁷

Tydlig är innebörden av regeln den, att man inte får rösta särskilt om existensen av *ett* abstrakt rättsfaktum. Vid fastställandet av ett abstrakt rättsfaktum, tex "reklamation", tas ställning både till existensen av enskilda konkreta fakta och till deras rättsliga betydelse. Skulle nu oenighet råda både om faktas existens och om deras rättsliga betydelse, får sak- och rättsfråga inte uppställas till särskild omröstning. Detta framgår också klart av regeln där ju "omständighet" enligt Gärde betyder ett faktum till vilket den materiella rätten knutit en rättsföljd. För att omröstning skall bli aktuell fordras alltså att det föreligger påståenden om mer än ett abstrakt rättsfaktum.

Enligt regeln ifråga skall sak- och rättsfråga tillsammans uppställas till särskild omröstning. Man får således inte rösta särskilt om endera sak- eller rättsfrågan,⁸ vilket fö är en fördel i de fall fastställandet av fakta och subsumtion inte kan särskiljas. Förekommer flera rättsfrågor, får man inte, anses det, rösta särskilt om dessa.⁹

Antag emellertid att oenigheten rör antingen faktas existens eller

² Motiven a st.

³ A st.

⁴ Kommentaren s 167.

⁵ Motiven s 195. Se också Rättegångsbalken I (nya kommentaren) blad 16:18.

⁶ Kommentaren s 168. Gärde påpekar (s 167) att om rättsföljden är villkorad, tex förutsätter betalningsskyldighet vid försträckning att förfallodagen inträtt, så utesluter inte detta särskild omröstning om det åberopade rättsfaktumet (försträckning). Detta utgör dock inget undantag från kravet att omröstningen skall avse omedelbart relevanta omständigheter.

⁷ Kommentaren s 166 och Rättegångsbalken I blad 16:11.

⁸ Se Ekelöf: Rättegång III s 53 och Rättegångsbalken I blad 16:11.

⁹ Ekelöf a a s 54 och a st Rättegångsbalken I.

deras rättsliga betydelse. I sådana fall kommer omröstningen rent *faktiskt* att gälla enbart sak- resp rättsfrågan. Anser t ex rättsens ledamöter att det är helt klart att fakta i målet konstituerar "reklamation", men det råder delade meningar om existensen av påstådda fakta, kommer sålunda omröstningen i praktiken att gälla enbart sakfrågan. På motsvarande sätt förhåller det sig om faktas existens är klarlagd, men oenighet råder om deras rättsliga betydelse; rent faktiskt kommer omröstningen i sådant fall att gälla enbart rättsfrågan.¹⁰

I många mål förekommer det emellertid flera sak- och rättsfrågor. Käranden kanske åberopar *alternativa grunder* (tex fel i vara och svek). Är nu fakta i händelseförloppet klarlagda kommer omröstningen att gälla enbart *den rättsliga kvalifikationen*. Vissa ledamöter anser kanske att klarlagda konkreta fakta i målet ej konstituerar "fel i vara", men däremot "svek". Andra ledamöter tycker kanske precis tvärtemot. Även i sådana fall kommer omröstningen att gälla enbart rättsfrågan (eller rättare sagt: rättsfrågorna)¹¹.

Fall kan också förekomma där det inte rör sig om *skilda händelseförlopp*, vilka subsumeras under skilda regler, utan där *samma händelseförlopp* kan kvalificeras på *skilda sätt*. För att nämna ett exempel kan i ett skadeståndsmål några av rättsens ledamöter anse att klarlagda fakta konstituerar strikt ansvar, medan andra anser att de konstituerar vållande. Även här kan röstas särskilt om den rättsliga kvalifikationen.¹²

¹⁰ Ekelöf a st och densamme i SvJT 1948 s 211.

¹¹ Se t ex rättsfallen NJA 1951 s 736 och NJA 1952 s 53 i vilka det röstades särskilt om alternativa grunder. Jfr också Rättegångsbalken I blad 16:11. Detta synes man emellertid betrakta som ett undantag från grundsatsen att det inte får röstas särskilt om rättsfrågor. Å andra sidan kommer omröstningen rent faktiskt att gälla blott rättsfrågan när det föreligger en grund och fakta, men ej deras rättsliga betydelse, är stridig. Någon principiell skillnad bör inte föreligga mellan ett sådant fall och de fall där alternativa grunder görs gällande och sakförhållandena är ostridiga. Jfr emellertid von Steyern i SvJT 1947 s 736 ff som synes mena att regeln bör tolkas så "att omedelbart relevanta fakta eller komplex av fakta som äro ägnade att framkalla en rättsverkan, upptagas tillsammans med frågan om denna rättsverkan till särskild omröstning". von Steyern jämför här med regeln om mellandom (RB 17.5), vilken är kalkerad på omröstningsregeln ifråga, och menar att, eftersom mellandom avser den generella frågan om fullgörelseskyldighet föreligger, RB 16:2 inte bör tolkas så att särskild omröstning skall företas beträffande varje omedelbart relevant faktum. I sådant fall kommer nämligen, enligt von Steyern, utgången att bli beroende av om mellandom meddelas eller ej. Denna kritik tillbakavisades av depch (se motiv s 209). Se också Ekelöf i SvJT 1948 s 211 som påpekar att även en mellandom kan utgöra resultatet av flera särskilda omröstningar.

¹² Så skedde i rättsfallet NJA 1961 s 523. Jfr även NJA 1965 s 238 som gällde gåvoskatt. De faktiska omständigheterna var klarlagda, men det röstades särskilt dels om en eller flera gåvor skulle anses föreligga och dels om frågan vilken skatteklass som var tillämplig.

Mer problematiskt kan det synas vara om dessutom någon ledamot skulle anse att fakta överhuvudtaget inte styrkts. Det kan tyckas som om omröstningen här borde gälla den generella frågan om *skadeståndsskyldighet* föreligger eller ej. Det finns emellertid inget hinder mot att man här uppställer vållande och strikt ansvar till särskilda omröstningar. I så fall används i själva verket huvudregeln, att sak- och rättsfråga tillsammans skall uppställas till särskild omröstning. Detta märks emellertid inte så tydligt, beroende på att det är samma händelseförlopp, d v s samma sakfråga som uppdelar sig på två rättsfrågor. Men i princip skiljer sig inte detta fall från de fall där händelseförloppen skiljer sig åt och sak- och rättsfråga uppställs till särskild omröstning. Råder tex oenighet rörande såväl existensen av fakta som deras rättsliga betydelse visavi rekvisiten "fel i vara" och "svek" röstas kanske först om "fel i vara" och sedan om "svek". Den eller de ledamöter som anser att fakta överhuvudtaget inte styrkts, får rösta nej på båda temata. Detsamma gäller alltså enligt min mening i exemplet rörande vållande/strikt ansvar.

I rättsfallet NJA 1967 s 504 ställdes emellertid inte frågan om *vållande resp medvållande* upp till särskilda omröstningar, vilket kritiserats av Ekelöf på den grunden att vållandet och medvållandet hänförde sig till två klart åtskiljbara handlingar.¹³ Welamson säger emellertid att man kan förmoda att HD:s ståndpunkt berott på svårigheten att isolera frågorna om vållande och medvållande från varandra.¹⁴ Enligt min mening bör man, även om handlingsförlopp är inflätade i varandra, kunna företa särskilda omröstningar. Kan man rösta särskilt om vållande och strikt ansvar, där ju händelseförloppet kan förmodas vara enhetligt, bör ju samma gälla i andra fall. Vad det handlar om — ifall fakta är klarlagda — är att bestämma den rättsliga kvalifikationen och denna anses ju rätten i andra sammanhang vara skyldig att ta ställning till (*iura novit curia*).

Det ovan anförda visar enligt mitt förmenande att påståendet att det inte kan röstas särskilt om rättsfrågor begränsar sig till det fallet att *ett* abstrakt rättsfaktum görs gällande samt både existensen av fakta och deras kvalifikation är stridig. Förekommer däremot flera grunder, och de skilda händelseförloppen är klarlagda, kommer omröstningen att gälla enbart den rättsliga kvalifikationen. På motsvarande sätt ligger det till om samma händelseförlopp kan kvalificeras på olika sätt. Vida-

¹³ Ekelöf: Rättegång III s 55 not 37.

¹⁴ Welamson i SvJT 1969 s 933.

re, om flera grunder görs gällande och såväl fakta som deras rättsliga betydelse är tvistig, kan omröstningen gälla enbart rättsfrågorna. Visserligen ligger i så fall bakom ställningstagandet till rättsfrågorna (tex "fel i vara" eller "svek"), även ett ställningstagande till sakfrågor, men röstningen gäller till sin *formulering* rättsfrågor, i vilka sakfrågorna är sas inbakade.

När skall nu, om det är ovisst huruvida två faktiska omständigheter existerar, till vilka var för sig en rättsföljd är knuten, dessa uppställas till särskild omröstning? Ekelöf nämner som exempel härpå att det är ovisst om en fordran betalats den 15/1 eller 5/1 och han menar att det är likgiltigt vilken av dessa dagar som fordringen betalats.¹⁵ Någon särskild omröstning bör därför, säger Ekelöf, inte förekomma rörande frågan vilken dag fordringen betalats. Förvisso verkar det här orimligt med särskilda omröstningar. Detta beror antagligen på att det är samma grund — "betalning" — som aktualiseras vare sig betalning skett den 15/1 eller 5/1, varför det blir ointressant med särskild omröstning. Om däremot, vilket ovan berörts, samma faktum eller samma fakta aktualiserar olika regler, eller det föreligger självständiga och från varandra fristående händelseförlopp, vilka aktualiserar skilda regler (vilket i sådana fall nästan alltid är fallet) blir det både aktuellt och angeläget med särskilda omröstningar.

Som framgått sammanfaller omröstningstema och bevisstema ibland och ibland inte. Anfördes tre omständigheter till stöd för att en fordran är preskriberad, och det dels är tvistigt om fakta föreligger och dels om de har den rättsliga betydelsen att preskription är för handen, röstas samtidigt om sak- och rättsfråga. Omröstningstemat omsluter således båda dessa frågor. Även i sådana fall kunde man emellertid tänka sig att det röstades särskilt dels om existensen av fakta och dels deras rättsliga betydelse. Omröstningsförfarandet skulle dock i sådant fall bli mycket *komplikerat* och *tungrott*. Förekommer flera olika fakta, vars existens och betydelse är tvistig, blir nämligen antalet kombinationsmöjligheter i sak- resp rättsfråga mycket stort, varvid särskilda omröstningar skulle innebära en stor arbetsbelastning på domstolarna.¹⁶ Är det däremot så, att rätten anser det klarlagt att om omständigheterna ifråga föreligger, så föreligger också preskription, men det råder

¹⁵ Ekelöf: SvJT 1948 s 208.

¹⁶ Jfr von Steyern i SvJT 1947 s 738. Nämnas bör i detta sammanhang att omröstningsregeln i fråga är fakultativ; särskild omröstning skall ske "såvitt sakens beskaffenhet påkallar det".

delade meningar om existensen av dessa fakta, kommer omröstningen — som framgått — att gälla sakfrågan. Är åter omständigheterna klarlagda, men det föreligger rättslig tvekan, avser omröstningen rättsfrågan.

Antag nu att oenigheten i preskriptionsexemplet gäller faktas existens, men ej deras betydelse. Bör i sådant fall rätten rösta samtidigt om samtliga tre omständigheter eller bör den rösta om existensen av varje konkret faktum för sig? Vad som i denna situation utgör gällande rätt kan jag inte uttala mig om eftersom praxis saknas, men enligt min mening bör rätten rösta särskilt om varje omständighet för sig. Det finns flera skäl härtill, bl a kan ju *olika beviskrav* böra uppställas för de skilda faktorerna och sätts fakta under ett bevistema kan en sådan nyansering inte ske.¹⁷ Vidare är det tänkbart att *olika bevisbörderegler* kan göra sig gällande beträffande de olika faktorerna och en fördelning av bevisbördan förutsätter att fakta skiljs från varandra och betraktas som självständiga bevistemata.¹⁸ För struktureringen av bevismaterialet är det också lämpligt att bevistemata är självständiga. Till sist blir det som tidigare också nämnts alldeles för lätt att uppnå erforderlig sannolikhetsgrad om konkreta rättsfakta betraktas som alternativa, vilket de ju gör om de sätts under ett tema.¹⁹

Att det mellan rättens ledamöter råder delade meningar om huruvida ett faktum skall anses fastställt eller inte, kan bero inte enbart på själva bevisvärderingen, utan även eller bara på att det aktuella beviskravet tolkas på olika sätt av olika domare. Då beviskravet inte kan fixeras får vi emellertid finna oss i att t ex beviskravet "styrkt" kan ges olika innebörd. Och då beviskraven inte kan fixeras tjänar det ingenting till att i det konkreta fallet rösta särskilt om den närmare bestämningen av "styrkt". I det aktuella fallet går det nämligen i regel inte att avgöra om oenigheten ligger i bevisvärderingen eller i bestämmandet av beviskravet.²⁰

Vad som däremot — de lege ferenda — bör kunna röstas särskilt om är t ex frågan om beviskravet för ett rättsfaktum bör vara "antagligt" eller "sannolikt". Vad som här röstas om är vilken norm eller mått-

¹⁷ Vid kumulation borde dock normalt gälla att det är tillräckligt om sannolikheten för en händelse, vilken ingår i konstitueringen, överstiger 0,5, se härom avsnitt 5.8.2. Jfr emellertid avsnitt 8.5.3 och Welamsons uppfattning.

¹⁸ Se avsnitt 5.8.2. och 5.8.3.

¹⁹ Se avsnitt 5.8.2.

²⁰ Se avsnitt 1.2 vid not 21.

stock som bör gälla för ett rättsfaktum i allmänhet.²¹ Härefter kan rätten i så fall rösta om frågan huruvida fakta skall — med hänsyn till det bestämda beviskravet — anses fastställda eller ej. Att samtidigt rösta om dessa är emellertid som nyss nämnts inte meningsfullt, beroende på att bevisvärderings- och beviskravsfrågor i det konkreta fallet många gånger inte kan skiljas från varandra.

Inom rätten kan också råda delade meningar om vem av parterna som skall bära bevisbördan för ett rättsfaktum. Detta är en rättsfråga, och råder delade meningar inom rätten bör det — de lege ferenda — få röstas särskilt rörande frågan hur bevisbördan skall placeras.²²

Som nämnts anses det inte tillåtet att rösta särskilt om bevisfakta. Enligt min mening bör detta inte vara en absolut regel, utan undantag bör få kunna ske. Det är inte alltid bara en kognitiv bedömningsfråga vilket bevisvärde en omständighet bör ges, utan vid bestämmandet av bevisvärdet kan ingå rättsliga värderingar. Tex har det diskuterats om den presumerade omständigheten i FB 1:5, (faderskap) bör tillmätas bevisvärde för den presumerande omständigheten, samlag. HD har uttalat att man borde vara försiktig vid att tillmäta den presumerade omständigheten bevisvärde.²³ Därmed har angetts en riktlinje för hur denna svårbedömda omständighet bör värderas. Skulle det nu mellan rättens ledamöter råda delade meningar om huruvida omständigheten bör få värderas fritt eller på ett bestämt sätt, bör det enligt min mening kunna röstas särskilt härom.

Man kan diskutera om inte även frågan vilken tolkningsmetod som skall användas bör kunna bli till föremål för särskild omröstning. Antag att av tre domare A vill använda den objektiva metoden, B den subjektiva och C den teleologiska. Råder delade meningar om tolkningsmetod kan man nämligen vara ganska säker på att olika fakta kommer att plockas ut i det händelseförlopp som är under bedömning, och att fakta kommer att tillmätas olika porté. Kunde däremot redan från början bestämmas vilken tolkningsmetod som skall användas vore risken mindre för oenighet rörande själva rättsfrågan.

För att kort sammanfatta. Hur omröstningsreglerna bör användas har varit en omstridd fråga. Jag rekommenderar som vi sett en tämligen långtgående användning av särskild omröstning. Skälet härtill är

²¹ Se avsnitt 1.2 vid not 24.

²² Angående att man inte anses kunna rösta särskilt om bevisbörda och beviskrav, se Rättegångsbalken I blad 16:7.

²³ Se avsnitt 3.6.5.

att jag anser att domstolens resurser bör tas tillvara och detta är ju föranledningen till att det bestämdes att omröstningen bör gälla grunderna och inte slutet. För rättsbildningen måste det vidare vara av stor betydelse att det får röstas särskilt om principiellt viktiga frågor, oavsett om de rör bevisbörda eller beviskrav, bevisfakta eller rättsfakta eller om frågan om tolkningsmetod. Finns i dessa fall inte möjlighet till särskild omröstning kommer inte de principiellt viktiga rättsfrågorna att ställas på sin spets, vilket vore till men för rättsbildningen.

Vad gäller brottmål så får olika rättsfakta inte uppställas till särskild omröstning. De argument som här anförts är emellertid i och för sig giltiga även för brottmålets del, men särskilda omröstningar rörande olika rättsfakta kan här i vissa fall tänkas vara till nackdel för tilltalad. Frågan om samma omröstningsförfarande som i civilmål borde gälla för brottmålets del har varit omstridd och jag får här lämna detta spörsmål utanför framställningen.²⁴

12.3 Fastställsetalan

I RB 13:2 regleras fastställsetalan. Av denna regel framgår, att en sådan talan måste avse ett *rättsförhållande*. Regeln anses därmed innebära att en fastställsetalan inte får avse enbart existensen av *faktiska omständigheter*.²⁵ Ekelöf säger härom att regeln på denna grund inte får användas för att fastställa att en viss händelse inträffat, tex att ett *skuldebrev är förfalskat*, eller att *faderskap* föreligger.²⁶

Bakom den anförda ståndpunkten ligger tydligen en kategoriklyvning mellan faktiska och rättsliga förutsättningar: Begreppen rätts- och sakförhållande ställs i motsats till varandra. Men som påpekats på flera håll i framställningen tolkar rätten först rättsregeln för att därvid välja ut de fakta i ett händelseförlopp vilka enligt en rättssats kan vara av relevans.²⁷ Man kan därför inte kategoriskt skilja mellan faktiska och rättsliga förutsättningar. Bevis temat utgörs av de fakta mot vilka rättsatsen preciserats. Sakförhållande och rättsförhållande kommer därmed att sammanfalla.²⁸

²⁴ Jfr avsnitt 5.8.2 och där anförd not 11.

²⁵ Kommentaren s 133 och Boman s 57.

²⁶ Ekelöf: Rättegång II s 106. Se också Heuman: Process- och straffrätt för juridisk översikt kurs s 18: "Yrkande om att visst skuldebrev skall förklaras förfalskat kan inte upptagas till särskild prövning, eftersom talan bara avser ett faktiskt händelseförlopp."

²⁷ Se särskilt avsnitt 1.4.

²⁸ Se avsnitt 1.4 och 10.2.

Rätten fastställer sålunda inte fakta utan att samtidigt ta hänsyn till om de är av relevans enligt någon norm. Man kan visserligen rent teoretiskt tänka sig att rätten fastställer fakta utan att ställa dessa i relation till en rättssats, men ett sådant naket fastställande av fakta vore ju meningslöst och är inte heller tillåtet enligt reglerna om fastställsetalan.

Subsumtionen hör, som tidigare nämnts, till rättsfrågan. Detta innebär bl a att tex fastställandet av att ett skuldebrev är förfalskat, inte utgör ett fastställande av en okvalificerad faktisk omständighet. Förfalskning är ju ett *rättsbegrepp* och under detta rättsbegrepp subsumeras konkreta fakta, varvid sedan slås fast att en förfalskning skett.²⁹ Då all subsumtion hör till rättsfrågan är det också en rättsfråga om faderskap föreligger eller ej. Att subsumtionen kan vara skäligen enkel, tex beroende på att rättssatsen använder naturliga beskrivande begrepp, som tex "man" i FB 1:5, hindrar inte, utan gör det faktiskt lättare — ur logisk synpunkt — att skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion.³⁰ Således subsumeras utsagan om den enskilde mannen under rättsbegreppet "man" i rättssatsen.³¹ Det kan emellertid, p g a att rätts-satsen använder naturliga begrepp med stor exakthet te sig som om det rörde sig om fastställandet av rena händelser, men i princip kan man här skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion.

Av det nu anförda har framgått, att fastställandet av att ett skuldebrev är förfalskat eller att faderskap föreligger inte innebär blotta fastställandet av att vissa händelser inträffat. Det rör sig i stället om subsumtion av fakta under rättsbegrepp och om fastställandet av rättsförhållanden. Återstår dock att säga något om begreppet rättsförhållande.

Enligt lagen måste fastställsetalan avse ett rättsförhållande. Det är alltså inte tillåtet att enbart fastställa fakta, utan det krävs också att fakta — genom subsumtion — anknyts till en rättssats. Sker inte denna anknytning kan rimligtvis inte ett rättsförhållande uppstå. Men fordras det något härutöver för att ett rättsförhållande skall anses ha uppstått? För att avgöra detta måste vi titta lite närmare på begreppet rättsförhållande. Denna term torde begreppsligt sett innefatta att det skall råda en relation mellan åtminstone två subjekt av innbörd att de har

²⁹ Se härom avsnitt 10.2 och 10.3.2.

³⁰ Se avsnitt 10.3.2.

³¹ Se avsnitt 10.3.2.

rättigheter och skyldigheter mot varandra.³² Vid fullgörelsetalan uttalas ofta förpliktelseerna explicit: A skall betala B 2 000 kr, och en fullgörelsedom är exigibel. Vid en fastställsetalan fastställs däremot en rättighet eller skyldighet, tex att A har en fordran på B å ett visst belopp och att B är betalningsskyldig. B förpliktas således inte i domen att betala detta belopp. En fastställsedom är inte heller exigibel. Om det fastställts att en gäldenär är betalningsskyldig fastställs tydligen ett rättsförhållande. Väcker sedan borgenären fullgörelsetalan grundas fullgörelsedomen på fastställsedomen. Något nytt tillkommer inte, såvitt nu är fråga, annat än förpliktelsen att betala. En skyldighet, tex skyldigheten att betala, är således *villkorad* av att förutsättningarna för det ifrågavarande abstrakta rättsfaktumet är uppfyllda. Rättsföljden, dvs skyldigheten, kan således inte inträda om ej de erforderliga förutsättningarna (rekvisiten) är uppfyllda. Är å andra sidan rekvisiten i en regel uppfyllda, kopplas en eller flera skyldigheter (och/eller rättigheter) automatiskt på.

Har det någon betydelse i sammanhanget om parterna tvistar om faktas existens, men är eniga om deras rättsliga betydelse? Är fakta tvistiga synes det nämligen enbart röra sig om fastställandet av fakta. Nej, någon betydelse har inte detta. Rätten utför inte en bevisvärdering rörande fakta i fråga utan att ta ställning till om de är av relevans enligt en norm. Även om blott fakta är tvistiga kommer fastställsedomen att avse ett rättsförhållande.

Vi kan nu summera. När rätten fastställer ett abstrakt rättsfaktum väljer den ut fakta av relevans och utför — vid stridighet om faktas existens — en bevisvärdering. Fastställs det abstrakta rättsfaktumet etableras samtidigt ett rättsförhållande. Man kan således inte skilja mellan fastställandet av existensen av sådana fakta som är av relevans för aktiveringen av det abstrakta rättsfaktumet och konstaterandet av rättsförhållandet: fastställs rättsförhållandet har sådana fakta slagits fast och har sådana fakta fastslagits har också ett rättsförhållande etablerats. Detta innebär att ifall rätten skulle slå fast att ett skuldebrev är förfalskat eller att faderskap föreligger, den inte bara uttalar sig om faktiska händelser utan den fastställer i realiteten rättsförhållanden.³³

³² Engisch: Einführung s 19.

³³ Jag menar att det är formalistiskt att kräva att ett yrkande vid fastställsetalan skall innehålla ordet "skyldighet" eller "rättighet" för att ett rättsförhållande skall anses vara åsyftat. Om det tex yrkas att rätten skall fastställa att ett skuldebrev är förfalskat, så innebär ju detta, om det sedan fastställs att skuldebrevet är förfalskat, att någon betal-

Skulle det emellertid bara konstateras att tex ett visst skuldebrev är förfalskat, är det problematiska — såvida inte bara en rättsföljd är knuten till det abstrakta rättsfaktumet — att vi inte närmare vet vilka rättsföljder som kan komma att göras gällande. En mängd potentiella rättsföljder blir så s s hängande i luften. Vid fastställsetalan bör emellertid framgå vilken eller vilka rättsföljder som knyts till det fastställda rättsfaktumet.³⁴

Som tidigare framgått kan man — åtminstone i vissa fall — skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. Enligt RB 13:2 får nu, som visats, fastställsetalan inte avse det blotta fastställandet av fakta, utan fakta måste också anknytas till en rättssats. Detta förbud mot blotta fastställandet av fakta får emellertid ingen betydelse i de fall där det inte är möjligt att skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. I dessa fall är det inte möjligt att först fastställa fakta och sedan utföra anknytningen till rättssatsen. Sak- och rättsfråga ligger nämligen här oupplösligt förenade med varandra.

Det har tidigare framgått att företrädarna för det logiskt-begreppslika kriteriet i princip bejaktar möjligheten till en söndring mellan faktum och rätt. De flesta av dem gör emellertid undantag för vad de kallar en "Gesamtsituation". Jag har tidigare gett exempel på sådana.³⁵ För fastställsetalans del kan ytterligare några exempel av intresse ges. Vi kan då gå till de immaterialrättsliga reglerna, vilka innehåller särskilda bestämmelser om fastställsetalan med bra exempelvärde.

Enligt mönsterskyddslagen § 41 kan mönsterhavare, eller den som på grund av licens får utnyttja mönster, föra talan om fastställsetale, huruvida han på grund av registreringen åtnjuter skydd mot annan,

ningsskyldighet inte föreligger. I praxis avvisas stundom fastställsetalan om yrkandet inte explicit avser en skyldighet eller rättighet, med hänvisning till att det i sådant fall inte rör sig om ett rättsförhållande, se tex NJA 1964 s 66. Andra gånger däremot, tolkas yrkandet i sådana fall så att ett rättsförhållande anses vara åsyftat, se tex NJA 1976 s 656 och NJA 1979 s 15. Antag emellertid att en kärande endast är nyfiken på att få veta om ett skuldebrev enligt gällande rätt är att betrakta som förfalskat och att han inte har något intresse av att få fastställt att det inte föreligger någon betalningsskyldighet. I så fall kommer han, om han förtiger syftet med fastställsetalan, att få svar på en ren *lagtolkningsfråga* och det anses inte tillåtet att ta upp sådana frågor till fastställsetalan. Man kan emellertid inte förhindra att fastställsetalan av part används för att få besked i en ren lagtolkningsfråga genom att kräva att yrkandet skall avse en rättighet eller skyldighet. Part kan ju formulera sitt yrkande till att avse tex frågan om betalningsskyldighet föreligger eller ej och därvid endast ha intresse i en lagtolkningsfråga.

³⁴ Jfr Ekelöf: Rättegång II s 107.

³⁵ Se avsnitt 10.3.2 vid not 60.

om ovisshet råder om förhållandet och denna länder honom till förfång. Av § 5 samma lag framgår att annan än innehavaren av mönster-rätten inte får utan dennes lov utnyttja mönstret yrkesmässigt genom att tillverka, införa till riket, utbjuda, saluhålla, överlåta eller uthyra vara, vars utseende *icke väsentligen skiljer sig från mönstret* eller som i sig har upptagit något som *icke väsentligen* skiljer sig från detta.

Om nu en mönsterhavare väcker fastställsetalan och önskar få fastställt att han åtnjuter skydd mot annan, kan en sådan talan innebära att rätten får ta ställning till frågan huruvida en av annan person saluförd vara väsentligen skiljer sig från mönstret eller ej. Härvid kommer rätten som regel att direkt kunna iaktta de båda varorna. Men vid bedömningen av om den andra saluförda varan icke väsentligen skiljer sig från mönstret eller ej, kan det inte skiljas på vad som utgör fastställandet av fakta och vad som utgör subsumtion under det ifrågavarande rekvisitet. Som Henke uttryckt saken kommer rätten att genom en slagordsmässig sammanfattning av alla iakttagna detaljer att antingen slå fast att varan icke väsentligen skiljer sig från mönstret eller att den väsentligen skiljer sig från mönstret.³⁶ Att sak- och rättsfråga här inte går att särskilja anses bero på att vårt språk är för vagt och trubbigt för att det skall vara möjligt att ge en exakt och fullständig beskrivning av alla detaljer i varorna och detaljernas relationer till varandra. Iakttagelsen kommer därför att sammanfattas med användandet av den av lagen använda termen "väsentligt", och det kommer därvid att vara höljt i dunkel vad som utgör fastställande av fakta och vad som utgör tolkning och tillämpning av rekvisitet ifråga.

Även enligt varumärkeslagen kan fastställsetalan föras (§ 44), och av § 4 framgår att en sådan talan kan komma att avse frågan om två varor är så lika varandra att det föreligger en *förväxlingsrisk*. Här gäller samma som ovan anförts beträffande mönsterskydd. På motsvarande sätt förhåller det sig med firlagen. Här regleras fastställsetalan i § 23 och här återfinns rekvisitet "förväxlingsrisk", vilket vi även finner i § 10 namnlagen, enligt vilken det också är möjligt att föra fastställsetalan (se § 21). Slutligen finns också i patentlagen § 63 en särskild bestämmelse om fastställsetalan, vilken kan gälla frågan om en vara "väsentligen" skiljer sig från patentet. Beträffande samtliga nu nämnda regler gäller att det ofta — av skäl som ovan nämnts — inte är möjligt att skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion av fakta under

³⁶ Se hänvisningen i not 37 nedan.

rättsbegrepp.³⁷ Detsamma kan naturligtvis, vilket också framgått, gälla beträffande fastställsetalan enligt RB 13:2, men de särskilda reglerna om fastställsetalan i de nämnda lagarna erbjuder särskilt goda exempel på svårigheterna ifråga.

12.4 Sak- och rättsfråga går ej att särskilja. Precisering.

Många gånger framgår vid en genomläsning av rättsfall inte tydligt att det i förekommande fall ligger en rättslig värdering i fastställandet av fakta. I en del fall framgår emellertid detta med stor tydlighet och vi skall i det följande titta på ett sådant fall. Sedan skall några ord sägas om hur vissa regler bör tillämpas i sådana fall.

Rättsfallet är NJA 1962 s 81. HD konkluderar här följande: ”Vad som förekommit vid huvudförhandlingen inför HD utgör icke tillräcklig anledning frågå domstolarnas bevisbedömning, enligt vilken det icke blivit styrkt att Pettersson vållat brandskadan i *uppenbart berusat tillstånd* .”

Bakgrunden till rättsfallet var, att Pettersson orsakat en brandskada och därvid varit berusad. Han fick därför inte ut försäkringsersättning från försäkringsbolaget, vilket hänvisade till en klausul i försäkringsavtalet som angav att ersättning inte utgick för skador som orsakats i ”uppenbart berusat tillstånd”. Till saken hör nu att Petterssons promillehalt inte uppmätts och att uppgifterna om hans berusningsgrad var vaga. I ett sådant fall kan, som tidigare utvecklats, subsumtion och rättslig värdering komma att flyta ihop. Vi kan i det förevarande fallet inte avgöra vad som utgör tolkning av begreppet ”uppenbart berusat tillstånd”, och vad som utgör fastställandet av fakta. När det sålunda fastställs att Pettersson inte vållat skadan i uppenbart berusat tillstånd, ligger i detta fastställande också en tolkning av rekvisitet ifråga, utan att det går att avgöra vad som är rättslig värdering och vad som är fastställande av fakta.

Låt oss nu anta att juristen på försäkringsbolaget söker resning under åberopande att domen vilar på en uppenbart oriktig rättstillämpning. Bör resningsansökan bifallas? Man kan ju till förstona anse att i ett fall där det inte går att skilja mellan bevisvärdering och rättstillämpning, det inte heller går att avgöra om rättstillämpningen är felaktig, varför en sådan resningsansökan borde avslås direkt och utan pardon. Det förhållandet att sak- och rättsfråga ligger ouppslösligt förenade med varandra utesluter emellertid inte i och för sig att det kan vara lätt att

³⁷ Se härom också Henke s 275 ff beträffande motsvarande regler i tysk rätt.

konstatera att avgörandet utgör ett rättstillämpningsfel. Det enda vi behöver anta, är att HD tidigare slagit fast, att "uppenbart berusat tillstånd" endast föreligger när en person är medvetlös. I så fall är det ju enkelt att avgöra att ett rättstillämpningsfel föreligger; Pettersson var ju aldrig medvetlös. Finns inte någon sådan preciserad tolkning gäller däremot att det inte går att skilja mellan bevisvärdering och rättstillämpning. Detta innebär dock inte, enligt min mening, att resning aldrig borde vara tillåten i ett sådant fall. Söker tilltalad resning i brottmål och sak- och rättsfråga ligger inflätade i varandra, men det finns goda skäl att tro att ett rekvisit tolkats tex för snävt, bör blotta det förhållandet att bevisvärdering och rättstillämpning inte klart går att särskilja få utgöra ett hinder mot resning.

I fall sådana som det förevarande bör man enligt min mening också vara försiktig med att tillämpa RB 50:21 och avgöra saken på handlingarna. Rättstillämpningen är här direkt sammankopplad med bevisvärderingen, varför en omprövning helst bör avse dessa frågor i ett sammanhang. Inte heller bör HovR:n vid avvikande uppfattning utan vidare få ändra på tingsrättens bedömning, med hänvisning till att det rör sig om en rättstillämpningsfråga. Bevisningen bör helst tas upp på nytt eftersom det inte klart går att skilja mellan vad som utgör tilltro till bevisningen och vad som utgör rättstillämpning.

Nämnas bör här att HD i det ovanstående rättsfallet uttryckligen hänfört bedömningen till sakfrågan. Detta kan tolkas på olika sätt. Antingen menar HD att fastän det här inte logiskt-begreppsligt går att skilja mellan sak- och rättsfråga, så presterar inte bevisningen tillräckliga skäl att tro att Pettersson varit "uppenbart berusad". Eller också är det så att HD inte klart skiljer mellan sak- och rättsfrågor.

Jag vill emellertid — vilket väl framgått — inte göra gällande att sak- och rättsfråga alltid måste, vid överklagande, prövas i ett sammanhang i de fall bevisutsagor är vaga och det därför inte är möjligt att klart skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. Säger tex flera vittnen att en person varit "våldigt störande" och att han därför borde vräkas eller att någon varit "lätsinnig" och att ett avtal av denna anledning inte är giltigt, utan att man kan upplösa utsagorna på konkreta fakta, kan man — vilket kanske HD gjort i det ovannämnda rättsfallet — inta den ståndpunkten att bevisningen presterar ett klart besked i "sakfrågan". Vi kan alltså anknyta till den tidigare behandlade prestationsteorin och anse att vi har att göra med en "sakfråga".³⁸

³⁸ Angående prestationsteorin, se avsnitt 10.3.3.

Ligger sak- och rättsfråga oupplösligt förenade med varandra såsom i rättsfallet, kan man inte heller förvänta sig att en ny bevisupptagning skulle göra det möjligt att frigöra fastställandet av fakta från subsumtionen, varför en ny bevisupptagning ur denna synpunkt vore meningslös. Och om den instans, vars avgörande det är aktuellt att ompröva, kombinerat prestationsteorin med rättsnormerad bevisvärdering minskar risken för att bevisvärderingen sås strävat åt ett annat håll än ändamålet med den ifrågavarande materiella regeln.³⁹ Skulle å andra sidan ett rekvisit tex "uppenbart berusat tillstånd", felaktigt ha tolkats alltför restriktivt, kan man tänka sig att bevisningen skulle ha ansetts vara tillräcklig vid en korrekt, mer extensiv tolkning. Det är därför säkrast att, när sak- och rättsfråga ligger oupplösligt förenade med varandra, ompröva både sak- och rättsfrågan.

12.5 Sammanfattning

Omröstningsregeln i RB 16:2 st 3 p2 innebär att omröstningen skall gälla ett abstrakt rättsfaktum, dvs ett sådant faktum till vilket den materiella rätten knutit en rättsföljd och att sak- och rättsfråga tillsammans skall uppställas till särskild omröstning.

Denna huvudregel, att man inte får rösta särskilt om endera sak- eller rättsfrågan och att man inte får rösta särskilt om rättsfrågor, är emellertid begränsad så till den grad att den inte kan beskrivas som en huvudregel. För det första kan omröstningen rent faktiskt — vilket det finns exempel på i praxis — komma att gälla enbart rättsfrågor. Vidare kan man, har jag sagt, när flera grunder görs gällande, och sakfrågorna såväl som rättsfrågorna är stridiga, i realiteten, vid särskilda omröstningar, formulera omröstningstemata på sådant sätt att vota kommer att avse rättsfrågorna. Det förhållandet att sakförhållandena av vissa ledamöter inte anses klarlagda kommer i sådant fall att få genomslag vid ställningstagandet till rättsfrågorna.

Jag förordade vidare — de lege ferenda — en långtgående användning av omröstningsreglerna och motiverade detta med att principiellt viktiga rättsfrågor i annat fall inte skulle komma att ställas på sin spets, vilket vore till men för rättsbildningen. Det framhölls emellertid samtidigt, att en långtgående uppdelning av materialet på skilda rättsfrågor kunde leda till ett tungrott och komplicerat förfarande och att hänsy-

³⁹ Beträffande rättsnormerad bevisvärdering, se kap 7, särskilt avsnitt 7.6.

nen till ett någorlunda enkelt omröstningsförfarande talade emot en alltför långtgående uppdelning på skilda rättsfrågor.

I nästa avsnitt behandlades fastställsetalan. Jag vände mig härvid mot påståendet att fastställsetalan inte får avse enbart existensen av ett sakförhållande, enär rätten, när den fastställer ett abstrakt rättsfaktum också fastställer ett sakförhållande och att den, när den fastställer ett sakförhållande, också fastställer ett abstrakt rättsfaktum, eftersom fakta vid fastställsetalan skall ställas i relation till en norm. Här hänvisade jag till växelverkansmekanismen, av vilken det framgick att man inte kan göra en kategoriklyvning mellan faktiska och rättsliga förutsättningar. Slutsatsen blev att rätten, när den fastställer ett abstrakt rättsfaktum, tex förfalskning, också uttalar sig om ett rättsförhållande, men att detta blir obestämt om rättsföljden inte preciseras. En precisering av rättsföljden ansågs dock inte behövlig om endast en rättsföljd skulle vara knuten till ett abstrakt rättsfaktum.

Slutligen tog jag helt kort upp de problem som kan uppkomma vid tillämpningen av regler vilka explicit anknyter till skillnaden mellan sak- och rättsfråga i sådana fall där man inte kan skilja mellan fastställandet av fakta och subsumtion. Jag ansåg här att man borde vara försiktig och helst pröva om både sak- och rättsfråga på nytt, men att man kunde känna sig någorlunda säker på en riktig utgång om den instans, vars avgörande det är aktuellt att ompröva, kombinerat prestationsteorin med rättsnormerad bevisvärdering.

Summary

The purpose of this thesis is to analyse the borderline and the difference between matters of fact and matters of law. The following summary reviews each chapter in turn, giving the chapter headings. References to Acts and sections pertain to Swedish law unless otherwise stated.

Chapter 1. Introduction

I define matter of fact as the establishment of facts with the help of free evaluation of evidence. Other questions which ensue from the application of norms are classed as matters of law. It is thereby indicated that the establishment of facts is accompanied by a simultaneous response to the applicable evidentiary requirement and that, particularly in what are called marginal cases, it is not possible clearly to distinguish between questions of evidentiary value and questions of evidentiary requirement. It also appears that interpretative facts, viz. facts of significance for the elucidation of the content of a legal rule, may need to be proved but that the concept "evidentiary fact" is linked both by definition and by tradition to such legal facts as correspond to the requisite of a legal rule (subsumption facts). Moreover – it is emphasized – confusion has occasionally occurred between concrete and abstract legal facts. It is also stressed that the legislator too may have to decide on matters of evidence, that such may also ensue from the choice of legal consequence, and that evidentiary problems may in certain cases be set aside during adjudication in that a legal rule is specified in a particular fashion.

The Chapter also contains a criticism of the concept of legal process traditional in Swedish doctrine, which means that adjudication takes place only if agreement is demonstrated between an abstract description of a legal fact and a concrete factual situation. It is claimed that we, particularly in procedural contexts, should be considered to deal with adjudication even if the court does not establish agreement, and this does not link any legal consequence to the facts in a case. Other-

wise procedural rules, which are linked with the concept of adjudication, will have a severely limited range of application; nor will it be possible to apply them in an appropriate form. In accordance with the said definition, the concept "legal fact" denotes such a fact as the court compares with the provisions of a rule, whether or not the legal consequence ensues.

The thesis then goes on to discuss the relationship between matters of evidence and matters of adjudication, whereby the so-called interaction mechanism is described; this signifies that the court considers sometimes the possible factual situation and sometimes the applicable legal rule, in order thereby – gradually – to specify a legal rule. Here it appears that the matter of fact should not be defined so as to refer to the issue of which facts should provide the basis for the verdict because this becomes a matter of law if the question instead runs: Is the norm applicable to the existing facts?

The significance of the distinction is then analysed. It is stated *inter alia* that this is important for the application of the voting rule in civil law in RB 16:2 Section 2, point 3, which means that matters of fact and matters of law together must be subject to a special ballot, for the application of RB 13:2 concerning the claim for declaratory judgment, which may not refer only to the establishment of facts, for differentiation between factual and legal error, and for the correct use of the rules *re* burden of proof, which are to be employed in the event of uncertainty about the existence of facts, and not when uncertainty prevails concerning the legal significance of the facts. An account is then given of a number of rules and legal principles which affect the extent and the quality of the examination of the evidence. Mention is here made *inter alia* of the fact that legal rules have a bearing on the extent of the material which provides the basis for the assessment of the evidence.

Finally there is a brief reference to foreign law; England and West Germany, where the distinction between fact and law is significant for the distribution of competence between the judge and the jury, and for the right of adjudication of the court of highest instance – Bundesgericht – respectively. It is here stated that the dividing line – at least as far as English law is concerned – will be drawn after political considerations, with reference to the rule of law, and not according to a theoretical criterion.

Chapter 2. Historical Review

The forms of evidence in the Ancient Germanic law were focused on a legal relation. The lawful claim laid against a party was regarded as a personal attack, and the forms of evidence constituted the means of defence against this attack. Eventually the respondent introduced grounds into the procedure and a division into requisite and legal consequence is discerned. Insofar as the grounds for a claim begin to be sought the personal conception of justice must give way. Nevertheless the forms of evidence still pertain directly to the grounds, and since these, like the legal consequences, are laid down in the law they are still the means of its implementation. The introduction of grounds meant *inter alia* that oath could stand against oath, so that the dispute was resolved by a panel. The free examination of evidence is generally considered to have come into being with the panel.

The theory of legal proof was codified in the 1734 Act. It constituted a combination of theories of formal and material evidence. The oath of innocence in particular bears clear traces of the old formal proof. It is directly addressed to the grounds, just as the whole of the legal proof system seems to rest on the premise that the requisites may not be divided. If e.g. the rule that "two witnesses are full proof" only applied to one point of fact in a controversial situation the judge, by dividing the requisites into many points, could have nullified the purpose of the theory of legal proof: to achieve predictability and equality of treatment.

The 1734 Act was composed for a simple agricultural society. In the 18th and 19th centuries, when a major social revolution occurred in consequence of the advent of industrialism, the casuistic legislative technique which had prevailed hitherto proved too rigid to allow flexible handling of all the new situations which constantly arose. There can be no doubt that this development strongly contributed to the introduction of abstract legal rules. Nevertheless general rules imposed requirements for specification and reification at adjudication, and under these circumstances the obsolescence of the system of legal proof was very obvious. The system of legal proof therefore began to be softened in practice at the same time as a new view of knowledge burgeoned. The examination of evidence was set free in 1948.

Side by side with this development we may discern how the court, the forum for the settlement of disputes and the direction of action, gained in power and importance. At the beginning the law lay in the parties' hands. When grounds were introduced some of this right to the

law was abrogated. The state began to take an increasing interest in the controlling and guiding function of the judicial process. Finally the grounds too were dissolved and all that remained to the parties was the right to report, and prove the actual circumstances – *jura novit curia*.

Concerning the distinction between establishment of facts and subsumptions this only became an issue with the division of the requisites. The 1734 Act seems to assume that the establishment of facts and subsumptions coincide since the forms of evidence pertain to the case *per se*. It is difficult to pronounce on the extent to which this premise was adopted in practice.

Chapter 3. RB 35:1.

The principle of free examination of evidence is laid down in RB 35:1. This states that when assessing the evidence the court is to consider all that has occurred in order thereafter to determine what has been proved in the case. The rule in question does not, however, dictate how different pieces of evidence are to be evaluated. This freedom of evaluation constitutes the very essence of the free evaluation of evidence. The freedom of evaluation entails, however, that RB 35:1 assumes the character of an ordinary, material general clause. Like a general clause it allows scope for a judicial discretion of appreciable significance. It diverges from a material general clause in that *inter alia* RB 35:1 pertains to facts and not to norms, that the rules concerning burden of proof can be applied to the former but not the latter, and that in the evaluation of evidence a somewhat different material is used from that in adjudication.

According to explanatory statements the assessment of evidence must be objective. This means that it is to be supported on grounds which can be accepted by other reasonable individuals. This requirement of objectivity brings with it a requirement for an account in the verdict concerning which facts were considered to have evidentiary value, and how they were evaluated, together with a simultaneous requirement for analysis. Thus an intuitive survey may not decide the issue.

When evaluating evidence the judge may only take into consideration such as occurred in the case. The evidentiary theme must express an assertion, about either a fact, a legal principle, or a law of general experience. Moreover the evidentiary theme must be provable. In ad-

dition the evidentiary theme must somehow be relevant to the evidentiary fact.

If possible, only theoretical factual grounds should be used in the evaluation of evidence. Emotional, moral or pragmatic arguments are out of place here. Such arguments may be given weight in a rule on burden of proof.

It is stated in the Chapter that the motive's requirement of objectivity is unrealistic. It presumes an uniform method of evaluation of evidence, that evidentiary value of facts – like the evidentiary requirement – can be fixed at an exact figure, that the verdict can include a complete list of all the circumstances which affected the evaluation of the evidence, that a group of people can be differentiated as "reasonable", and that it is possible to make a distinction between matters of fact and matters of law. Some of these conditions are immediately broken while others are difficult to satisfy. The provability requirement was presumably imposed because of a desire that the theory of legal proof should continue to control the evaluation of evidence.

The purpose of the free examination of evidence is to create the conditions for materially correct verdicts. Nevertheless certain rules wholly exclude evaluation of evidence, e.g. the rules on admissions and confessions. In other cases the rule of free examination of evidence has limited scope. This is the case e.g. when the examination is summary. In consequence of the scant inquiry the facts cannot be properly studied and thoroughly elucidated. This means that typical evidence will be used.

Apart from the typical legal issues (selection of facts, subsumption and choice of legal consequence) RB 35:1 is not applicable to issues pertaining to burden of proof and evidentiary requirements together with issues concerning the content of the evidence. Thus RB 35:1 covers only the establishment of the facts with the help of free evaluation of evidence (see Chap. 1).

Although the evaluation of the evidence is free it is possible to find legal cases where the Supreme Court has made declarations of principle concerning the question of the value to be set on a certain piece of evidence. NJA 1948 p. 49 has been quoted as an example. The case shows that the distinction between RB 35:1 and material rules may be fluid.

Generally speaking, it is easy to distinguish between the question of what may be included in the evaluation of evidence (a matter of law) and the evaluation of evidence *per se* (a matter of fact). Occasion-

ally, however, the distinction is difficult to discern. This is exemplified by e.g. the effect of one party's passivity in criminal cases. According to the principle of free examination of evidence the court may freely assess the evidentiary value of the passivity. On the other hand, there is a legal principle to the effect that accused's failure to co-operate in the inquiry may not be laid to his charge. The circumstance that the issue of whether passivity may be included in the evidence is actually a matter of law tends to be obscured because of the formulation of RB 35:1: the court is to consider everything that has happened in the case.

There are also, I say, cases where a rule (or a principle) does not regulate the actual submission of evidence but where a norm – a decision in principle – dictates how the already submitted evidence should be assessed. In one example thereof the judge may be doubtful as to whether a witness was confused. Since the confusion may have a certain evidentiary value, the judge must in the event of doubt decide whether or not he is to consider that the witness was confused, and thereby have a decision in principle to support him in the assessment of the submitted evidence.

Chapter 4. The Concept of Probability.

This Chapter emphasizes that the probability concept in legal evaluation of evidence must be chosen with regard to the circumstances under which the truth is sought in the proceedings. It presents the frequency theory (the quantitative probability), the concept of logical probability, the theme probability model, and the evidentiary value model. In Swedish doctrine on the law of evidence the latter two models are apposed as alternative perspectives on matters of evidence.

According to the frequency theory the probability for events is sought, whereby concepts such as collective, limit value, and randomness are keywords. The frequency theory was devised by von Mises, who required verification in empirically established frequencies. The frequency theory has, however, been understood by some as allowing operation with fictive classes. It is then possible to regard the individual case as a class but the probability is thereby subjectively determined.

The concept of logical probability does not seek the probability of events but always relates the probability to the existing proofs. Furthermore it assumes that the probability relationship is purely logical in character and therefore needs no empirical verification. In contrast to

the frequency theory the concept of logical probability is considered to give information on the probability in the individual case. According to the frequency theory the individual case is part of a collective of several cases.

The evidentiary value model, like the concept of logical probability, emphasizes that the probability is to be related to the available proofs. Nevertheless it is an inductive, not a logical, model. It attributes special weight to the existence of evidential relations; the question to be asked is why an argument is a proof of evidentiary value. The causal evidentiary relation in particular is then brought forward, which means that the theme gave rise to the evidence that the evidentiary value must exist. Since it is seldom possible to be sure whether the theme generated a piece of evidence the probability of a causal relation naturally becomes crucial. There are those who think that if the causal connection seems weak the judge should be permitted to ignore the evidence. Nevertheless not all those who subscribe to the evidentiary value model also accept the requirement for a causal connection.

The evidentiary value model also means that we have no information on the theme's improbability. If there is a law of general experience which says that A proves B in eight cases out of 10, we indeed know according to the evidentiary value model that in two cases out of 10 the theme is not proved by A, but we know nothing about the actual improbability of the theme. The theme may or may not be present in the two cases but nothing is known thereof according to the evidentiary value model.

As is perhaps clear the evidentiary value model works with a unilateral probability concept. Non-A is not regarded as an independent alternative but the improbability of the theme instead reduces the probability of A. In my presentation I criticize the evidentiary value model. I maintain that the objective of the model is the actual (absolute) truth of the theme and not its probability on the basis of the material submitted in the case. For otherwise, if there is evidence with the evidentiary value 0.8 for the probability of the theme, we must be able to say that on the basis of this evidence the improbability of the theme is 0.8. The search for the absolute truth of the theme, I say, does not accord with the principle that the court must assess the evidence solely on the basis of the material submitted in the case.

Moreover I claim that according to the evidence value model the question of the theme's probability becomes one of the formulation. We can formulate an assertion positively (probable) or negatively (im-

probable). According to the evidentiary value model the formulation of the theme will therefore determine whether any probability exists. Moreover the model supersedes the rules on burden of proof since the uncertainty is a result of the method of evaluating the evidence which is set aside not by a rule on burden of proof but by the assertion that we know nothing about the theme's improbability.

I also claim that we cannot compare evidentiary value and evidentiary requirement with absolute truth since the court does not know how thorough an inquiry was performed in the case. Finally it is alleged that the model violates the negotiation principle since it postulates assumptions about the completeness of the inquiry.

Concerning the evidentiary value model's requirement of causality it is stated that this involves an anticipation of the result of the evaluation of the evidence. If we hypothesize that the theme has occurred the value of the evidence will soar. We should instead be unbiased and work from the opposite direction: here are certain pieces of evidence, do they prove the theme?

Chapter 5. The Evidentiary Theme

The evidentiary theme must express an assertion, in other words it must be capable of being true or false. In consequence thereof the requisite, which expresses valuations or is other wise vague, is reduced toward descriptive sentences. Indeed valuations are generally regarded as incapable of being true or false, and vague expressions which cannot be directly said to articulate valuations may be too indeterminate to be included in an evidentiary relation. Similarly, statements by witnesses and others who appear at trials are modified into facts insofar as they are relevant to the issue.

The reasoning from the law of evidence which we often meet in the doctrine, where statements are related to statements and the evidentiary value is expressed with exact figures, is derived from the effort of the verification principle to attain exactitude. The language used in legal contexts, however, lacks the cogency of scientific language. Hence we fail in many cases to achieve the desired modification. In such cases it is misleading to fix the evidentiary value with figures.

Accordingly in many cases we cannot reduce statements by witnesses to descriptive sentences. The reality is complicated and composite and the words we use frequently express summaries of complex situations, attributes, conditions and events, which do not lend themselves to total

dissolution via semantic manipulations. Instead of trying to define value concepts in terms of concrete facts the court can refrain from so doing in its evaluation of the evidence and rather assume that the concept is used according to some kind of general consensus. In the value theory this is called descriptive value-relativism.

If it should be so that the court, despite effort, cannot specify a statement relevant to the law of evidence, but it nevertheless cannot be adjudged so vague that it should be disregarded, a problem of interpretation arises. In such cases the court should seek support in the interpretative principle which applies to the material rule in question. Thus as regards e.g. criminal cases vague testimony which is to the disadvantage of the accused should be narrowly interpreted. I state in this context that with respect to vague testimonies it may be difficult to determine whether they are true or false, and that if it is mandatory that testimonies be said unequivocally to express an assertion then many informative testimonies must be disregarded. So rigorous an application of the truth principle does not, however, seem to accord with RB 35:1, nor is it appropriate insofar as the language used in legal contexts is often vague and ambiguous.

If it is impossible to reduce the evidentiary theme to descriptive sentences matters of fact merge with matters of law. If a word is vague and can be specified in stages the dividing line between a matter of fact and a matter of law will depend on the level at which the definition stops. Thus it is not possible in such cases to make a sharp distinction between a matter of fact and a matter of law.

If it is wholly impossible to draw the line between the establishment of facts and subsumptions this will have repercussions on the classification of evidentiary and legal facts. We thereby incur problems *inter alia* when we are to apply the rules on adduction (in Swedish law legal facts in cases amenable to out of court settlement must be adduced by the parties, and evidentiary facts need never be adduced). Here it seems most appropriate to scrutinize the grounds which sustain the burden of adduction in order later to determine whether or not a circumstance is to be adduced. The fact that it is not possible directly to differentiate matters of fact from matters of law also means that it is not possible either to make a direct comparison with the applicable evidentiary requirement. Everything becomes vague and fluid.

In the conclusion of the Chapter I discuss evidentiary themes and degrees of probability. I there state that it may be necessary to make probability estimates also as regards legal facts. Furthermore that a

requisite need not be specified vis-à-vis alternative concrete legal facts in a probability estimate, but that legal facts should normally be accumulated. If a rule contains several requisites which are alternatives the point is made that they must be treated independently and in due order. If a rule contains several cumulative requisite the probability for each requisite should be accumulated in a probability estimate. If we are dealing with several legal rules these – it is alleged – should be treated independently. The reason for the recommendations in question is chiefly that it is otherwise too easy to attain the necessary degree of probability. In this context I also say that the injurious consequences of the accumulation effect (the difficulty in attaining the necessary degree of probability) may be mitigated inasmuch as a legal principle is not specified against so many facts, the evidentiary theme is enlarged, or the evidentiary requirements are reduced. Another recourse is to consider that the values could be proved to be true or false.

Chapter 6. The Laws of General Experience

Laws of general experience constitute general laws based on induction. In evaluation of evidence facts are subsumed under laws of general experience so that we can make a statement concerning probability. At the subsumption in question a variant of the subsumptive explanatory model is used.

Laws of general experience may be weak or strong, refer to special areas where expert knowledge is needed, or be common knowledge (of universal validity). Many laws of general experience are very vague, and may border on prejudices. Here it is important to be wary at the evaluation of evidence so that prejudices do not impinge on the establishment of facts.

A law of general experience may be vague not only in the sense that it does not rest on statistical studies but also insofar as it is obscurely formulated. This leads to the problem of whether or not the case in question should be subsumed under the law of general experience. Whether or not this subsumption should occur depends on how the law of general experience is formulated.

In practice it is possible to find examples of laws of general experience which are vague in both the one and the other sense, and moreover seem to be partial. Nevertheless we should not therefore conclude that the evaluation of evidence constitutes the "backyard" of adjudication, its "slum", where prejudices and delusions run rampant.

The evaluation of evidence is indeed free but at the same time it must be objective. Furthermore it is inevitable that laws of general experience, which can pertain to individual characteristics, so to speak, treat some better than others.

Laws of general experience may be used analogously. It is also possible to postulate fictive laws of general experience. It is difficult to determine when a law of general experience is to be used analogously, or a fictive law of general experience is to be postulated. Guidance thereon should ultimately be sought in the interpretative principles which apply for the material right (see Chap. 7).

The use of laws of general experience and subsumptive explanation becomes problematical in the assessment of the reasons for human actions. This derives in part from the facts that we cannot observe mental processes, that we must be aware of the factual circumstances, values and priorities which prompted the agent, that sometimes we are not conscious of the reasons which steer our actions, and that there are different schools of psychology which explain human activity in different ways. Furthermore it is a moot point whether the relation between action and effect is empirico-casual or logical. Personally, however, I do not believe that explanation of actions differ from explanations of events. Yet explanations of actions are often less certain than explanations of events. They have been aptly likened to outlines which need to be filled in.

In legal contexts several special problems ensue from explanations of actions, e.g. in assessment of intent. The material for assessment may be scanty so that the fulfilment of the objective requisites may usurp unduly great significance in the assessment of the evidence. There is also a risk that if we disapprove of an action the evaluation of the evidence will assume a moralising tone. Furthermore that the evidentiary requirement for the subjective requisites will be diminished if the objective requisites are fulfilled. Finally that – a risk which nevertheless pertains only the cases in which intentions are to be assessed – in cases where the inquiry is scant the court will choose the first law of general experience which comes to hand without bothering to analyse the evidence and thereby endeavour to construct a more reliable optimal law of general experience or perhaps extend the inquiry.

Since experience of life is used at the evaluation of evidence this is constructive in character. I emphasize the importance of trying to compile an optimal law of general experience to confer a context on the facts. I thereby reject the evidentiary value model (see Chapt. 4),

which regards every evidentiary and auxiliary fact *per se* with reference to the respective law of general experience. The evidentiary value model's chief objection to the theme probability model, that the objective concerns an unique situation of which we can have no experience, is thereby refuted. We can predict (and explain) an unique situation by modifying a general law or a general experience with the help of other known laws or customs.

Chapter 7. Laws of General Experience and Legal Rules

The Chapter begins by stating that laws of general experience have significance not only for the evaluation of evidence but also for the construction of the basic legal norm. Thus laws of general experience are used at both evaluation of evidence and adjudication.

It goes on to say that the application of legal rules may create and amend existing laws of general experience and that the idea of the directive effect of adjudication is based on this assumption.

Then follows a discussion of similarities and differences between legal rules and laws of general experience. Both constitute general principles under which facts are subsumed. It is thereby demonstrated that a law of general experience too may be vague and in need of interpretation and that it, like a legal rule, may be used analogously.

Mention is then made of interpretation of testimony and the interpretation and application of laws of general experience. Indeed it is stated in Chap. 5 that oral evidence may be vague and therefore in need of interpretation. Thus the same is true of the laws of general experience. To sum up, the following conclusions are reached. The interpretation of oral evidence may have the result that a law of general experience is by no means relevant. In such a case no interpretation or application of such a law ensues. Vague testimony may be clarified in certain cases and thereby bring to the force a law of general experience which may have specific situation in view. This law need not then be interpreted but may perhaps be administrated broadly or narrowly. There are also laws of general experience which aim at specific situations and are exactly defined. Such laws need neither be interpreted nor applied. The paternity index is mentioned as an example.

If testimony is vaguely formulated and cannot be clarified, and brings to the fore a generalization containing similarly vague terms, the law of general experience may be both interpreted and applied. If it is obvious that a vague testimony actualizes a generalization the connect-

ing concept in the law of general experience need not be interpreted, but the said law may be applied broadly or restrictively. A vague testimony can in certain cases be clarified against definite facts so that we can find either that no known law of general experience is applicable or that the case should be incorporated into a generalization. The question of whether the case is to be so incorporated depends on how this law is interpreted. The law of general experience can then be applied restrictively or extensively.

In the construction of the said model for interpretation and application of laws of general experience the concept "application" denotes the use of such a law. It is presumed when interpretation had demonstrated that the law of general experience can be used on the existing facts of the case. The reason why laws of general experience can be applied in this way is that the strength of such a law cannot be exactly determined. We can only grade the probability approximately – assign it to an interval.

The terms restrictive and extensive evaluation of evidence are then introduced. Restrictive evaluation of evidence signifies such as is based on a restrictive interpretation of testimony and on a restrictive interpretation and/or application of laws of general experience. An extensive evaluation of evidence is one in which testimonies are extensively interpreted and where laws of general experience are interpreted and/or applied extensively. So note that a law of general experience can be first restrictively interpreted and later also restrictively applied.

I then suggest that the question of whether the evaluation of evidence should be restrictive or extensive should depend on how the relevant material rule is interpreted. In e.g. criminal cases, where the law must be restrictively interpreted with regard to the legality principle, testimonies and laws of general experience to the disadvantage of the accused must be restrictively interpreted. The last-named should also be restrictively applied in such cases. The restrictive use implies selection of the lower interval of the law of general experience. The reverse situation should prevail for evidence which is in the accused's favour.

According to the model presented the evaluation of evidence is still free in my opinion. The evaluation of evidence according to legal norms dictates in principle only how the judge is to proceed in the margins where there is scope for purely subjective judgement.

Chapter 8. Presumptions

A presumption is a legal rule which states that fact X is established if fact Y exists. The relation between fact Z and fact Y may be probable in nature, as indicated by the concept "presumption". That a fact is presumed may, however, have another cause than the existence of a probable connection at bottom, e.g. it may be due to the difficulty of proving a circumstance. Since it is often asserted that a presumptive circumstance has a "natural probability value", it is important to observe that a presumption may be founded on other grounds than probability. Otherwise the evaluation of evidence may be at fault.

There has been debate in the doctrine on whether a presumption constitutes a rule concerning burden of proof or a rule concerning evidentiary value. Considering that a presumption may rest on something other than probability, and since the judge, even when uncertain, is obliged by the law, to establish the presumed fact if the presumptive circumstance exists (and there is no rebutting evidence), it is most reasonable to regard the presumption as a rule pertaining to burden of proof. It goes without saying that this does not preclude the possibility that a presumptive circumstance may have considerable evidentiary value.

The use of a presumption presupposes that the presumptive circumstance is proven. For this reason it is possible to say that the presumption does not displace the burden of proof but only effects a reduction of the evidence in that the theme is narrowed. Notwithstanding that most experience shows that the presumption should be regarded as a rule on burden of proof there are nevertheless some reservations, which pertain to the division of the presumptions into presumptions of facts and presumptions of rights. The former are considered to relate to a concrete fact, the latter to a complex legal fact or a legal relationship. If rebuttal evidence is presented against a presumption of right the complex will be reduced to its component parts. If now the presumption of rights is also a rule on burden of proof, then it states the relationship between the burden of proof and all the facts in the dissolved complex. Since the facts in the complex may be more or less difficult to prove and the parties' evidentiary possibilities may be different, there is reason to regard the presumption solely as a principal rule for the placement of the burden of proof. The supposition that the burden of proof always rests on the same party irrespective of the nature of a fact cannot be acceptable. Clearly a presumption in a concrete case

can, provided that the burden of proof is placed according to an exceptive rule, come to lack significance for the placing of the burden of proof. Furthermore, even if it pertains to probability, it may come to lack significance at the evaluation of the evidence in the event that a complex legal fact is resolved.

I maintain that the division of presumptions into presumptions of facts and presumptions rights respectively expresses a difference in degree and not in kind. A presumptive circumstance is always directed against the right, which can then be complex or simple in nature. This means that when using legal presumptions it is not possible, in the absence of rebutting evidence, to distinguish between the establishment of facts and subsumptions. If rebutting evidence exists, on the other hand, the line between the establishment of facts and subsumptions can be drawn in principle.

In conclusion I discuss evidentiary problems concerning insolvency. I there criticize the belief that the factors in the assessment of insolvency should be regarded as legal facts. In the assessment of insolvency it is the evidence used to establish the legal fact which is complex, not the legal fact *per se*.

I also indicate the advantages of regarding the assessment of insolvency as evidentiary rather than as pertaining to legal facts and subsumptions. For in such a case we need not impose evidentiary requirements for different facts, nor worry about the distribution of the burden of proof. Moreover it is then easier to arrive at an overall assessment. On the other hand I find that, notwithstanding that the details of the debtor's financial situation are regarded as evidentiary facts, we need not exclude a requirement for adduction.

Chapter 9. The concept of legal truth

In this Chapter I discuss the concept of legal truth. I begin by describing the presentation, current in Swedish doctrine, of a scale of probability and thereby remark that it is misleading insofar as it conveys the impression that, if a high evidentiary requirement is fulfilled, we are near to the factual truth. This is misleading because the court always assesses the evidence on the basis of the material presented in the case. Essential information may have been thereby withheld from the knowledge of the court or otherwise not come to light. A complete inquiry could therefore show that what was assumed to be e.g. "obvious" is actually "likely" or even false.

I then proceed to analyse the terms "confirmed" and "demon-

strated", which in Swedish doctrine have been understood to state a normal requirement concerning how strong the evidence must be. They are thereby linked to theoretical reasons to believe something concerning an assertion. This analysis indicates the ambiguity of the terms in question. They are used in practice also when concrete legal facts are established and are then connected with the legal consequences, in other words with norms, which cannot be true or false. It is thereby clear that the terms state that the facts lack the necessary legal weight, and that there is a dearth of legally relevant facts.

The concept of legal truth is then analysed. I here make a distinction between what can be regarded as probable in terms of frequency on the basis of a certain body of evidence and a probability judgement which is certain in the sense that it cannot be easily overturned. I state that even in a defective or scant inquiry a high degree of probability can be attained but that it may well be necessary to revise the probability judgement if the investigation material is enlarged. Thus there is, it is alleged, a connection between the quantity of the inquiry and the quality of the probability judgement, while in contrast the height of the probability is not affected by the quantity of the investigation material.

In this context I criticize Cohen's model (see his book *The Probable and The Provable*) of solving what can be called the information problem. Cohen maintains that at the evaluation of the evidence an assumption must be made concerning the completeness of the inquiry, an assumption which is covered under what he calls "the *ceteris paribus* assumption". I assert that such assumptions are very difficult to make, that criteria are required for what is a "normal situation", that such assumptions violate both the principle that the court is to assess the evidence solely on the material offered in the case, and the negotiation principle, and that the assumption in question leads to a dangerous arbitrariness in the evaluation of evidence. This criticism also affects the evidentiary value model (see Chap. 4) since it is based on the same premises as Cohen's "inductive probability".

In conclusion I describe Rödíg's concept of functional truth, which means that the value of a true verdict must always be related to both the value of such a verdict and to the cost of taking the inquiry so far as to approach the material truth. I maintain that the concept of functional truth has great merit but that the concepts "formal" and "material truth" respectively are difficult to spare. They are needed to describe verdicts of different kinds.

Chapter 10. The Distinction Between Matters of Fact and Matters of Law

In this Chapter I deal with the actual distinction between the establishment of facts and subsumption of facts under legal concepts. I begin by presenting the so-called practical inference, which differs from an ordinary inference in that the primary tenet and the conclusion consist of norms. Since norms cannot be true or false the conclusion cannot be true or false either. I show that the matter of fact in the practical inference is not repeated in the subsidiary tenet when this mechanically reiterates the legal concept or the legal principle which is to be applied, but that a definition of the basic legal norm is first required. We then have a defined, basic, legal norm – promulgated by the court – in which the evidentiary theme is reiterated.

Concerning the question of whether it is possible to distinguish between the establishment of facts and subsumptions I dwell in some detail on the logically conceptual criterion frequently discussed in West German law which signifies that a distinction is made between legal concepts and so-called natural concepts. All subsumptions under legal concepts are assigned to the matter of law. Whether or not a distinction is to be made between a matter of fact and a matter of law then depends on whether it is possible to reduce a legal concept to natural, exact concepts. In the event e.g. that a legal concept uses the word "disturbance" we can distinguish between matter of fact and matter of law if the level of disturbance can be exactly determined. If it is e.g. estimated as 150 dB we can clearly distinguish between the establishment of this fact and its subsumption under the legal concept "disturbance". If no such reduction can be effected but an incident is described with the same vague words as the legal principle then the matter of fact merges with the matter of law. Thus if e.g. it is alleged that a tenant has been a "disturbance" the question of fact cannot be disengaged from the question of the legal evaluation.

It is mentioned in the Chapter that there are those who deny the possibility of differentiating a matter of fact from a matter of law. They object that the judge selects and describes facts against the background of legal starting-points, so that it is impossible to distinguish between a matter of fact and a matter of law. They refer instead to a distinction based on reasons of expediency or practicality.

In my opinion the logical cum conceptual criterion is meritorious since it points to a relatively clear mode of drawing the line. The fact

that the method does not wholly suffice in some cas (in so-called "Gesamt-situation") does not preclude its use when we notwithstanding, *inter alia* for the sake of rebutting evidence, need fixed evidentiary themes. Nevertheless I consider that the definition of legal principles should not be carried too far, that the logical cum conceptual criterion should be a guide but not crucial. The purpose underlying other legal rules and procedural economy should also be taken into consideration.

Chapter 11. Analyses of Legal Cases

In this Chapter I analyse three legal cases with respect to the differentiation of fact and law and certain related issues.

The analysis of the first case indicates that a legal concept can be defined against a large number of individual facts, and that from the standpoint of legal theory these facts are to be regarded as legal facts to which we must apply rules for burden of proof. In this context it is stated that the so-called false and true burden of proof need not coincide, that the abstract burden of proof is not identical with the real burden of proof for concrete facts in the individual case, and that the real burden of proof may well be confused with the abstract because of failure to observe that abstract legal concepts are resolved into constituent facts.

It is also shown that when we resolve legal concepts to a number of individual facts we may encounter problems with the estimation of probability (see Chap. 5). This prompts discussion of the question of why we cannot abstain from the accumulation model and instead regard facts in a course of events as evidentiary. I come to the conclusions that we must retain the classification "legal facts" but that when a legal concept has a large factual superstructure we can, given certain conditions, use the evidentiary model.

In the second legal case analysed I raise *inter alia* the question of the distinction between interpretative and subsumptive facts (see Chap. 1). I there find that facts in a course of events can be used for interpretation, and pose the question whether they should be adduced in such a case. I maintain that if such facts are raised to the sphere of legal order a requirement for adduction should not reasonably apply but that the problem must finally be solved against the background of the extent of the competence which the court is expected to have.

Mention is also made in this Chapter of a kind of fact which has been called "creative of law". It is alleged that these did not follow the

rules on adduction and submission but that the same procedure should prevail in the Supreme Court since a strict requirement for adduction and submission of evidence would counteract this Court's function; viz. to lead legal development. Finally the Chapter discusses the problem of drawing the line between a rule and a legal fact together with the difficulties of delimiting the grounds for a claim. I establish that these problems are closely connected with the principle "jura novit curia", and that the solution of the questions of delimitation affects the extent of the adduction.

Chapter 12. The Distinction Between Matter of Fact and Matter of Law In various Cases

The voting rule for civil actions in RB 16:2 section 3 Point 2 signifies that the vote must apply to an abstract legal fact, viz. one to which the material rights has linked a legal consequence, and that the matter of fact and the matter of law together must be submitted to a special ballot.

This principal rule prohibiting special ballots on matters of law is however limited inasmuch as it cannot be described as a principal rule. Firstly, the ballot may actually – as evidenced in practice – concern only matters of law. Moreover, I say, when several grounds are adduced and both the matters of fact and the matters of law are in dispute, it is possible in reality, at special ballots, to formulate the issues for voting in such a way that the votes will refer only to the matters of law. The circumstance that the situation is perceived by some members as unexplained will in such cases impinge on their judgement of the matters of law.

I also recommend – *de lege ferenda* – a far-reaching use of the ballot rules and justify this by saying that legal issues of essential significance will otherwise not be carried to an extreme, which would adversely affect the formation of law. At the same time it is emphasized that a far-reaching division of the material into separate legal issues would lead to an inconvenient and complicated procedure, and that the regard for a more or less straightforward voting procedure contradicts an unduly radical division into separate legal issues.

I then deal with the claim for declaratory judgement. I thereby oppose the assertion that the declaratory claim may not refer only to the existence of an actual situation since the court, when it establishes an abstract legal fact also establishes an actual situation, and when it establishes an actual situation it also establishes an abstract legal fact, since

the facts at the declaratory claim are to be related to a norm. I here refer to the interaction mechanism (see Chap. 1) from which it is clear that it is not possible to effect a categorical separation of factual from legal circumstances. I conclude that the court, when it establishes an abstract legal fact, also passes judgement on a legal relationship, but that this is indeterminate if the legal consequence is not defined. A definition of the legal consequence is also adjudged unnecessary, however, if only one legal consequence would follow from an abstract legal fact.

Finally I touch on the problems which may ensue from the application of rules which explicitly relate to the differences between a matter of fact and a matter of law in those cases where no such distinction can be made. I here consider that there is a need for caution, and it is advisable to review both issues, but that there is ground for some confidence in a correct outcome if the instance whose decision is to be reviewed combines the theory of prestation with evaluation of evidence based on legal norms.

Litteratur

- Aarnio, A: Kan ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt? I "Uppsalaskolan- och efteråt". Rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23-26 maj 1977. Föreläsningar och diskussionsinledningar utgivna av Stig Strömholm. Stockholm 1978.
- Abrahamsson, P: Sweriges riktes lands-lag, 2:a uppl. Stockholm 1726.
- Adlercreutz, A: Arbetstagarbegreppet. Om arbetstagarförhållandet och därtill hörande gränsdragningsfrågor i svensk civil- och social-rätt. Lund 1964.
- Afzelius, I: Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål. Jemförande framställning af utländsk och svensk lagstiftning. Stockholm 1886 (cit Rättegångsförfarandet).
- Om parts ed såsom processuellt institut, 2:a uppl. Uppsala 1915.
- Agell, A: Äganderätten till fastighet för makar och samboende. Stockholm 1985.
- Agge, I: Huvudpunkter av den allmänna rättsläran, 2:a uppl. Stockholm 1977 (cit Huvudpunkter).
- Straffrättens allmänna del, I-II. Stockholm 1959.
- Abstrakt norm och konkret verklighet. I festskrift till Eberstein s 7-35. Stockholm 1950.
- Ahlander, B: Om rätt och rättstillämpning. Uppsala 1973.
- Almquist, J E: Processrättens historia, 6:e uppl. Stockholm 1975.
- Domarregler från yngre landslagens tid. Stockholm 1951.
- Svensk juridisk litteraturhistoria. Stockholm 1946.
- Andenæs: J: Om Høyesteretts myndighet i skyldspørsmålet ved anke over herreds- og byrettsdommer. I TfR 1943 s 286-308.
- Andersson, J och Furberg, M: Språk och påverkan, 7:e uppl. Lund 1977.
- Anners, E: Den europeiska rättens historia, del 1. Stockholm 1974.
- Anscombe, G E M: On brute facts. I Analysis vol 18 nr 3 (1958) s 69-72.
- Aubert, V: Retssosiologi. Oslo 1968.
- Augdahl, O: Om bevisbyrden i tvistemaal. Oslo 1929.
- Ayer, A J: Probability and Evidence. London 1972 (cit Probability).
- Språk, sanning, logik. Stockholm 1953 (cit Språk).

- The Foundations of empirical knowledge. Stockholm 1953.
- Bahr, L von: Recht und Beweis im Civilprocesse. Leipzig 1867.
- Bender/Röder/Nack: Tatsachenfeststellung vor Gericht. Band 1. München 1982.
- Bergendal, S: Bidrag till de svenska rättsmedlens historia. Uppsala 1916.
- Bergström, L: Objektivitet. Stockholm 1972.
- Berk, H-J: Der psychologische Sachverständige in Familienrechtssachen. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1985.
- Bertossa: Der Beurteilungsspielraum. Zur richterlichen Kontrolle von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen im Verwaltungsrecht. Bern 1984.
- Bierling, E R: Juristische Prinzipienlehre, del 4. Tübingen 1911.
- Björk, R: Den historiska argumenteringen. Uppsala 1983.
- Biomeyer, A: Zivilprozessrecht. Berlin 1985.
- Bogdan, M: Obeståndsbegreppet och gäldenärens tillgångar i utlandet. I SvJT 1981 s 500-518.
- Bolding, P O: Bevisbörda och den juridiska tekniken. Uppsala 1951 (cit Bevisbörda).
- Skiljeförfarande och rättegång. Stockholm 1956 (cit Skiljeförfarande).
- Bevisbörda och beviskrav. Lund 1983.
- Sannolikhet och bevisvärdering i brottmål. I SvJT 1953 s 305-338.
- Den felaktiga domen. I SvJT 1965 s 465-475.
- Boman, R: Om återopande och återopsbörda. Stockholm 1964.
- Bruns, R: Zivilprozessrecht. Berlin 1968.
- Bylund, Leif: Bevisbörda och bevistema. Stockholm 1970.
- Repetitionskompendium i processrätt. Uppsala 1981.
- Carnap, R. Stegmüller, W: Induktive logik und Wahrscheinlichkeit. Wien 1959.
- Cars, T: Om resning i rättegångsmål. Stockholm 1959.
- Cohen, L J: Freedom of proof. I "Facts in law"; Association for legal and social philosophy (ARSP). Wiesbaden 1983 s 1-22.
- The probable and the provable. Oxford 1977 (cit The Probable).
- Collingwood, R G: Ur "The idea of History". I antologin Filosofin genom tiderna, efter 1950, utgiven av Konrad Marc-Wogau. Stockholm 1983.
- Cross, R: Evidence. London 1979.
- Curzon, L B: Law of Evidence. Estover, Plymouth 1978.
- Danielsson, T: Grallimatik. Stockholm 1966.
- Davidson, D; Handlingar, skäl och orsaker ("Actions, Reasons and

- Causes"). I antologin *Filosofin genom tiderna*, efter 1950, utgiven av Konrad Marc-Wogau. Stockholm 1983.
- Dige, P: *Bevis i kontraktsforhold*. København 1945.
- Dufwa, G: *Om tilltrosparaagraferna*. Stockholm 1972.
- Döhring, E: *Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess*. Berlin 1964.
- Eckhoff, T: *Tvilsrisikoen*. Oslo 1943.
- Edling, N: *Sakfrågan och rättsfrågan vid 1600-talets rättskipning på upplandsbyden*. I SvJT 1928 s 162-167.
- Eggleston, R: *Evidence*, 2:a uppl. London 1983.
- *Generalisations and Experts*. I "Facts in law; Association for legal and social philosophy (ARSP) s 22-37. Wiesbaden 1983.
- Ekelöf, P-O: *Rättegång 1*, 5:e uppl. Stockholm 1977.
- *Rättegång II*, 7:e uppl. Stockholm 1985.
 - *Rättegång III*, 3:e uppl. Stockholm 1970.
 - *Rättegång IV*, 5:e uppl. Stockholm 1982.
- *Sanning och sannolikhet i bevisvärderingen*. I *Filosofiska studier tillägnade Konrad Marc-Wogau* s 70-81. Uppsala 1962 (cit *Sanning och sannolikhet*).
- *Omröstning om särskilda omständigheter i tvistemål*. I SvJT 1948 s 207-211.
 - *Juridisk slutledning och terminologi*. I TfR 1945 s 211-272.
 - *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?* Lund 1951 (cit *Teknik*).
 - *En rättvetenskaplig tragedi*. I *Festskrift till Henerik Hessler* s 131-160. Stockholm 1985.
 - *En essay om tolkning och mening*. I *Kungliga vetenskapssamhällets i Uppsala årsbok 1976* (cit *En Essay*).
 - *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*. Stockholm 1956 (cit *Grundbegrepp*).
- Ekman R: *Filosofins grunder*. Stockholm 1984.
- Elwin, G: *Samhällsstruktur och kriminalpolitik*. I *Den första stenen* s 41-90. Stockholm 1975.
- Elwing, C M: *Konkursläran i huvuddrag*. Lund 1985.
- *Rättegångsbalken och den nya lagen om ordningsbot*. Stockholm 1967.
 - *Tillräckliga skäl*. Lund 1960.
- Engisch, K: *Einführung in das Juristische Denken*, 2:a uppl. Stuttgart 1959 (cit *Einführung*).
- *Logische Studien zur Gestzeanwendung*. Heidelberg 1963. (cit *Logische*).

- Enströmer, T: Vittnesbeviset. Uppsala 1911.
- Esser, J: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Frankfurt am Main 1970.
- Estlander, E: Bidrag till en undersökning om klander å lösöre enligt äldre svensk rätt. Helsingfors 1900.
- Grunden för bevisvitsordet i landskapslagarnas straffprocess. 1908. U.o.
- Eyben, W E von: Bevis. København 1986.
- Finkelstein & Fairley: A Bayesian Approach to Identification Evidence, Harvard Law Review, vol 83, s 489 ff.
- Forssner, T I: I ”Bedømmelsen av beviset i højeste Instans”. Forhandlingerne paa det fjortende nordiske Juristmøde. København 1928.
- Frändberg, Å: Om analog användning av rättsnormer. Stockholm 1973.
- Gihl, T: Studier i internationell rätt, Stockholm 1955.
- Goldsmith, R W och Andersson, S I: Bevisvärdemetoden versus temametoden vid juridisk bevisvärdering. I TfR 1978 s 67-102.
- Granfelt, O H: I ”Bedømmelsen af Beviset i højeste Instans, Forhandlingerne paa det fjortende nordiske Juristmøde. København 1928.
- Greger, R: Beweis und Wahrscheinlichkeit. München 1978.
- Guldborg, H: Om bevisprövning och sanningsplikt. I SvJT 1948 s 83-96.
- Gustavsson, L: Språk och lögn. En essä om språkfilosofisk extremism i Nittonde Århundradet. Stockholm 1978.
- Gärde, N: Bevisteori och förhandlingsform. I SvJT 1940 s 141-150.
- Minnesskrift tillägnad 1734 års lag, del 1 s 369 ff. Stockholm 1934.
- Nya Rättegångsbalken. Stockholm 1949 (cit Kommentaren).
- Gärdenfors, P: Probabilistic reasoning and evidentiary value. Evidentiary Value: Philosophical, Judicial and Psychological aspect of a Theory. Library of Theoria no 15 (1983) s 44-57.
- Göranson, U: Traditionsprincipen. De svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning. Uppsala 1985.
- Halldén, S: Sannolikhetens logik. Lund 1973.
- Indiciemekanismer. I TfR 1973 s 55-64 (cit TfR 1973).
- Emotive Propositions. A Study of Value. Stockkholm 1954.
- Harré, R: Counter-Induction. I Theoria vol XXIX (1963) s 245-264.
- Hedenius, I: Om rätt och moral. Stockholm 1941.
- Herberger, M och Simon, D: Wissenschaftstheorie fur Juristen. Frankfurt am Main 1980.
- Heescher, H-D: Untersuchungen zum Merkmal der freien Überzeu-

- gung in § 286 ZPO und § 261 StPO. Versuch einer Neubestimmung. Münster 1974.
- Hellner, J: Konsumentskydd och generalklausuler. I Tfr 1976 s 145-167.
- Hempel, C G: Generella lagar i historien ("The function of General law in History") I antologin *Filosofin genom tiderna*, efter 1950, utgiven av Konrad Marc-Wogau. Stockholm 1983.
- Henke, H E: Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität. Berlin 1966.
- Henkel, H: Strafverfahrensrecht, 2:a uppl. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968.
- Hermerén, G: Värdering och objektivitet. Lund 1972.
- Hessler, H: Bevisrätten och de extraordinära rättsmedlen, 3:e uppl. Stockholm 1951.
- Heuman, L: Kan fällande brottmålsdom grundas på polisprotokoll. I *Advokaten* 1983 s 219-223.
- Otillåtna inskränkningar. *Advokaten* 1986 s 40-54 (cit *Advokaten*).
 - Process- och straffrätt för juridisk översiktscurs. Stockholm 1985.
 - Köpta vittnen. I *SvJT* 1983 s 669-700.
 - Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder. Stockholm 1980.
 - Specialprocess – utsökning och konkurs. Lund 1981.
- Hjerner, L: Främmande valutalag och internationell privaträtt. Stockholm 1956.
- Hjärne, H: Om den fornsvenska nämnden enligt landskaps-, stads- och landslagarne. Uppsala 1872.
- Hoel, P G: *Elementary Statistics*. New York 1971.
- Holmbäck, Å och Wessén, E: Svenska landskapslagar. Tolkade och förklarade för nutidens svenskar, del 1 och 5. Stockholm 1933 resp 1946.
- Hurwitz, S: *Den danske strafferetspleje*. København 1949.
- Hägerström, A: Till frågan om begreppet gällande rätt. I Tfr 1931 s 48-91.
- Jackson, J D: Questions of Fact and Questions of Law. I "Facts in law". Association for legal and social philosophy (ARSP) s 85-101. Wiesbaden 1983.
- Jacobsson, U: *Parts kostnad i civilprocess*. Stockholm 1964.
- Jareborg, N: Begrepp och brottsbeskrivning. Stockholm 1974 (cit *Begrepp*).
- *Värderingar*. Stockholm 1975.

- Jauernig, O: Zivilprozessrecht. München 1977.
- Kallenberg, E: Svensk Civilprocessrätt, andra bandet, Lund 1927-39 (cit Kallenberg II).
- Rättsmedlen. Lund 1922.
- Keynes, J M: A Treatise on Probability. London 1973.
- Koch, H-J: Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessenermächtigungen im Verwaltungsrecht: eine logische und semantische Studie zur gesetzbesbindung der Verwaltung. Frankfurt am Main 1979.
- Krüger, J: Försök till framställning af den svenska bevisningsrätten. Lund 1871.
- Kuchinke, K: Grenzen der nachprüfbarkeit tatrichterlicher würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz. Ein Beitrag zum Problem von Rechts- und Tatfrage. Bielefeld 1964.
- Larenz, K: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin/Heidelberg/ New York 1979.
- Larsson, S: Det nya omröstningsförfarandet i tvistemål. Några anmärkningar. I Filosofiska studier tillägnade Konrad Marc-Wogau.
- Lauridssen, P: Studier i retspolitisk argumentation. København 1974.
- Leipold, D: Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen. Berlin 1966.
- Lindblom, P-H: Processhinder. Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt. Stockholm 1974.
- Anmälan av Stening i SvJT 1977 s 280-290.
- Lindhagen, A: Om motivering av dom. I SvJT 1947 s 321-328.
- Maassen, B M: Beweisprobleme im Schadensersatzprozess. Köln 1976.
- MacCormick, N; Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford 1978.
- Mannheim, H: Beiträge zur Lehre von der Revision wegen Materiell-rechtlicher Verstöße im Strafverfahren. Berlin 1925.
- Meier, I: Iura novit curia. Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht. Zürich 1975.
- Mises, R von: Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit, 4:e uppl. Wien/New York 1972.
- Montenbruck, A: In dubio pro reo – aus normtheoretischer, straf- und strafverfahrensrechtlicher Sicht. Berlin 1985.
- Motsch, R: Vom rechtsgenugenden Beweis. Zur Entscheidung von Zivilsachen nach Wahrscheinlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Abstammungsfeststellung. Berlin 1983.
- Musielak, H-J: Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess. Berlin/ New York 1975.

- Næss, A: Empirisk semantik. Stockholm 1971.
- Nagel, H: Die grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess. Baden-Baden 1967.
- Nordenstam, T: Empiricism and the Analytic-Synthetic Distinction. Universitetsforlaget Oslo/Bergen/Tromsø 1972.
- Nordström, J J: Bidrag till den svenska samhällsförfattningens historia. Efter de äldre lagarne till sednare hälften af sjuttonde seklet. Helsingfors 1840.
- Nygaard, N: Overviktsprinsippet ved bevis for faktisk årsakssammenheng. I Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Samfunn, Rett, Rettferdighet 1986.
- Olivecrona, K: Bevisskyldigheten och den materiella rätten. Uppsala 1930 (cit Bevisskyldigheten).
- Domen i tvitemål. Lund 1943.
- Rätt och dom. Lund 1966.
- Oxenstierna, G: Studier i sannolikhetens filosofi. Lund 1983.
- Patermann, C: Die Entwicklung des Prinzips der freien Beweiswürdigung im ordentlichen deutschen Zivilprozess in Gesetzgebung und Lehre. Bonn 1970.
- Peczenik, A: Juridikens metodproblem. Stockholm 1980.
- Juridisk operationism – huvudpunkter. I "Uppsalaskolan- och efteråt". Rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23-26 maj 1977. Föreläsningar och diskussionsinledningar utgivna av Stig Strömholm. Stockholm 1978.
- Peters, E: Richterliche Hinweisplichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess. Tübingen 1983.
- Peterz, K: Strafprozess. Heidelberg 1985 (cit Peters).
- Phipson, S L: On evidence, 33:e uppl. London 1982.
- Popper, K R: The Logic of Scientific Discovery. London 1968.
- Prütting, H: Die Zulassung der Revision. Berlin 1977.
- Quine, W v O: Word and Object. Cambridge, Massachusetts 1981.
- Radbruch, G: Rechtsidee und Rechtsstoff. I Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band XVII s 343-350. Berlin 1923/24.
- Regnéll, H: Semantik. Filosofiska och språkvetenskapliga grundfrågor inom betydelserläran, 2:a uppl. Stockholm 1971.
- Att beskriva och förklara. Vad det kan innebära inom olika forskningsområden. Lund 1982.
- Rosenberg, L: Die Beweislast, 5:e uppl. München 1965.
- Rosing H: Vetenskapens logiska grunder. Helsingfors 1978
- Rudling, A: Rättssäkerhet i rättegång. Stockholm 1947.

- Russell, B: Den mänskliga kunskapen. Stockholm 1950.
- The Problems of Philosophy. London 1957. (cit Problems)
- Sauers, W: Allgemeine Prozessrechtslehre. Berlin/Detmold/Köln/München 1951.
- Saldeen, Å: Fastställande av faderskap. Stockholm 1980.
- Sahlin, N-E: Do people combine evidence according to an evidentiary value model? Evidentiary Value: Philosophical, Judicial and Psychological aspects of a Theory. Library of Theoria. No 15. Lund 1983.
- Sahlin, N-E och Freeling, A N S: Samverkan, motverkan och Dempsters regel – en jämförelse mellan två bevisbördeteorier. I Tfr 1983 s 503-528.
- Scheel, H: Grunntrekk av Læren om bevisbyrden. Juridiske småskrifter Oslo 1938 (cit Scheel).
- Strafedommer på alternativt grunnlag. I Tfr 1943 s 1-35.
- Schjelderup, F I: I ”Bedømmelsen av Beviset i høyeste Instans. Forhandlingerne paa det fjortende nordiske Juristmøde. København 1928.
- Schneider, E: Logik für Juristen. Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung. Berlin/Frankfurt am Main 1965 (cit Logik).
- Bewis und Beweiswürdigung, 3:e uppl. München 1978 (cit Beweis).
- Scheurle, W A: Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage. I Archiv für die civilistische Praxis, Band 157 s 1-88. Tübingen 1958/59.
- Schlyter, K J D: Rättsfråga och sakfråga i högsta instans. Forhandlingerne paa det fjortende nordiske Juristmøde, bilaga 1. København 1928.
- Searl, J R: Speech Acts. An essay in the Philosophy of Language, London 1969.
- Seiter, H: Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung. I Festschrift für Fritz Baur s 573-593. Tübingen 1981.
- Sjögren, W: Om den fornsvenska skuldprocessens grundformer. I Tfr 1898 s 36-83.
- Skeie, J: Den norske civilproces, andra bandet. Oslo 1931.
- Stening, A: Bevisvärde. Stockholm 1975.
- Konflikt mellan två bevismodeller. I SvJT 1979 s 283-296.
- Stevenson, C L: Facts and values. New Haven/London 1963.
- Steyern, N von: Omröstning om särskilda omständigheter i tvistemål. I SvJT 1947 s 726-738.

- Strahl, I: Om praktiska slutledningar inom juridiken. I TfR 1946 s 204-210.
- Strömholm, S: Allmän rättslära. En första introduktion, 5:e uppl. Stockholm 1984.
- Rätt, Rättskällor och rättstillämpning, 2:a uppl. Stockholm 1984 (cit Rättstillämpning).
- Sundberg, J W F: Från Eddan till Ekelöf. Lund 1978.
- Taylor; Medvetandemaskinen. En upptäcksfärd i hjärnan. Stockholm 1981.
- Thornstedt, H: Om rättsvillfarelse. Stockholm 1956.
- Domaren och straffbudet. I SvJT 1959 s 1-14.
- Trankell, A: Vittnespsykologins arbetsmetoder. Stockholm 1963.
- Tribe, L H: Tribal by Mathematics. Precision and Ritual in the Legal Process, Harvard law Review vol 84 (1971) s 1329 ff.
- Trigg, R: Reason and commitment. London 1973.
- Trygger, E: Om skriftliga bevis. Stockhom 1921.
- Tybjerg, E: Om bevisbyrden. København 1904.
- Uppström, W: Om domstolarnas inrättning och dermed sammanhängande ämnen. Stockholm 1921.
- Walin, G: Kommentar till föräldrabalken, 2:a uppl. Stockholm 1971.
- Walin, G m fl: Utsökningsbalken. Stockholm 1982.
- Walter, G: Freie Beweiswürdigung. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung. Tübingen 1979.
- Welamson, I: Konkursrätt. Stockholm 1961.
- Rättegång VI. Stockholm 1974.
- Svensk rättspraxis. Civil- och straffprocessrätt 1963-1967. I SvJT 1969 s 918-969.
- Vendels sockens domsböcker 1736-37. Uppsala 1956.
- Wessén, E: Svenskt lagspråk. Lund 1965.
- Westman, K G: Häradsnämnd och häradsrätt under 1600-talet och början av 1700-talet. Uppsala 1927 (cit Häradsnämnd).
- Westman, K G: Den svenska nämnden, Stockholm 1912.
- Wright, G H von: Logik, filosofi och språk. Strömningar och gestalter i modern filosofi. Lund 1980.
- Explanation and Understanding. London 1971.
- Wrede, R A: Grunddragen av bevisrätten enligt gällande lag. Helsingfors 1894.
- Wroblewski, J: The problem of the so-called judicial truth. J JFT 1975 s 19-33.

- Würthwein, M: Umfang und Grenzen des Parteiinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozess. Berlin 1977.
- Zahle, H: Om det juridiske bevis. København 1976.
- Zippelius, R: Juristische Methodenlehre, 4:e uppl. München 1985.
- Ödman, J: Tolkning, förståelse, vetande. Hermeneutik i teori och praktik. Stockholm 1979.

Kommittébetänkanden m m

- SOU 1926:32 och 33
- SOU 1938:44
- SOU 1974:83
- SOU 1976:9
- SOU 1986:1
- SOU 1982:26
- Kungl Majts prop 1931 nr 80
- UB prop 1980/81:8
- HL prop 1980/81:88
- LU 1980/81:23

Rättsfallsregister

NJA

1913 s 274	76 not 62	1972 s 29	385 (HovR:n)
1951 s 736	427 not 11	1972 s 253	224 (RR:n)
1951 s 744	124	1974 s 115	236
1952 s 53	427 not 11	1974 s 303	336
1956 s 533	236	1974 s 476	337 (HovR:n)
1957 s 688	50	1976 s 235	305
1961 s 330	186 (HR:ns bedömning)	1976 s 656	435 not 33
1961 s 523	427 not 12	1977 s 18	45 not 5
1962 s 81	437	1979 s 15	435 not 33
1962 s 165	336	1980 s 44	45 not 5
1964 s 66	435 not 33	1980 s 369	193 not 73
1964 s 97	235	1981 s 412	46 not 8
1964 s 353	337	1981 s 448	121, 123 not 74
1965 s 398	249	1981 s 1255	418
1966 s 475	186	1982 s 1	399
1967 s 264	336	1982 s 421	359 not 53
1967 s 504	428	1983 s 232	342 not 25
1968 s 500	186, 224 (HovR:n)	1983 s 436	358 not 52
1969 s 409	186	1983 s 510	342 not 25
1971 s 167	350 not 37	1984 s 49	124
		1986 s 489	125 not 81

JURIDIK FRÅN IUSTUS FÖRLAG

Anders Agell	Förmånstagareförordnanden vid livförsäkring Särtryck ur Svensk Juristtidning
Anders Agell	Underhåll till barn och make
Agell/Saldeén	Faderskap, vårdnad, adoption
Ingrid Arnesdotter	Finansiell leasing
Bertil Bengtsson	Miljö rätt
Bertil Bengtsson	Sakrättsliga frågor i fastighetsrätten
Bertil Bengtsson	Speciell fastighetsrätt
Bergström/Lennander	Kredit och säkerhet
Bergström/Strömholm	Lärobok i upphovsrätt
Sture Bergström	Skatter och civilrätt
Robert Boman	Deldom
Ove Bring	Aggression, självförsvar och non-intervention. Tre studier i internationell rätt.
Leif Bylund	Repetitionskompendium i processrätt
Leif Bylund	Skrivningsfrågor i processrätt 1972-82
Per-Olof Ekelöf	Rättsmedlen
Sten Hillert	Introduktion till fastighetsrätten
Sten Hillert	Servitut
Nils Jareborg	Brottsbalken kap. 23-24 med mera
Nils Jareborg	De särskilda strafflagarna
Nils Jareborg	Uppsåt och oaktsamhet
Källström/Rylander	Frågekompendium för juridisk introduktionskurs
Lindblom/Rylander	Att skriva uppsats
Åke Malmström	Förmynderskapsrätt
Åke Malmström	Successionsrätt I
Åke Malmström	Successionsrätt II
Nils Mattsson	Mervärdeskatt och socialavgifter
Nils Mattsson	Skattepolitik. En introduktion
Alvar Nelson	Kriminalpolitik och ingripanden vid brott
Tore Sigeman	Semesterrätt
Torsten Seth	Internationella affärstvister
Stig Strömholm	Lagtolkning: Huvudproblem och funktioner
Peter Traung	Fel och dröjsmål vid kommersiella tillverkningsavtal

IUSTUS KUNDTJÄNST

Box 16031

750 16 Uppsala

018-13 62 31



Varje gång rättsregler tillämpas på fakta sker en gränsdragning mellan faktum och rätt. Bevisfrågorna, dvs faktafrågorna, hänförs ofta till "sakfrågan" medan den rättsliga värderingen av fastställda fakta brukar betecknas som "rättsfrågan". I denna framställning undersöks gränser, skillnader och förhållanden mellan sakfrågor och rättsfrågor. Boken behandlar därvid bl a relationen mellan fakta och rättsregler, bevistemat, skillnaden mellan bevis- och rättsfakta, erfarenhetssatserna, olika metoder att värdera bevis, presumptionsbegreppet och det juridiska sanningsbegreppet. Dessutom finns en historisk översikt med, vilken behandlar gränsdragningen mellan norm och faktum i äldre rätt. Framställningen innehåller också ett förslag till sk rättsnormerad bevisvärdering. Bokens avslutande parti ägnas åt rättsfallsanalyser, samt till en kortfattad behandling av fastställsetalan och särskild omröstning i tvistemål.

ISBN 91-7678-091-0 (inbunden)

ISBN 91-7678-092-9 (häftad)

ISSN 0282-2040